Anfechtbarkeit wegen Drohung und Nichtigkeit nach § 138 und § 116 Abs. 2 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät

der Königlichen Universität zu Marburg

vorgelegt von

Arthur Drey

Referendar aus Wiesbaden.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913

Referent: Professor Dr. Franz Leonhard.

Meiner Mutter

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556030_0014

Literaturverzeichnis.

I. Einzeldarstellungen, Lehrbücher, Kommentare.

Angeloff, Die widerrechtliche Bestimmung durch Drohung. Diss. Tübingen 1903.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1. 1894.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1 u. 2.

v. Blume, Beiträge zur Auslegung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 224 ff.

Breit, Die Geschäftsfähigkeit. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 5. Aufl. 1908.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1905.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8./9. Aufl. 1904.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1908.

Gareis, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900. Rechtsenzyklopädie. 3. Aufl. 1905.

Glashoff, Zur Lehre von der Erpressung, insbesondere die Drohung mit an sich nicht strafbaren Handlungen. Diss. Göttingen 1896.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Goldschmidt, Materielles Justizrecht. 1905.

Gradenwitz, Anfechtung und Reurecht beim Irrtum. 1902.

Henle, Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung. In der Festschrift für Zitelmann, 1913.

Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre der juristischen Willenserklärung. 1910.

Hoelder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1900.

Karas, Die widerrechtliche Bestimmung durch Drohung. Diss. Rostock 1903.

Klee, G., Der Drohungsbegriff nach Zivilrecht. Diss. Erlangen 1907.

Klee, K., Der Erpressungsbegriff auf vertragsrechtlicher Grundlage. 1910.

Koch, Allgemeines Landrecht. 8. Aufl.

Kohler, Menschenhilfe im Privatrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 25 ff.

Kolbe, Das erzwungene Rechtsgeschäft nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1902.

Leonhard, Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Leonhard, Rudolf, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag. 1896.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. In R. Leonhardts Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts 1901 Heft 5.

Munk, Die widerrechtliche Drohung des § 123 in ihrem Verhältnis zur Erpressung und Nötigung. Diss. Heidelberg 1911.

Niemann, Zur Lehre von der Drohung des § 123 BGB., insbesondere von dem Begriff der Widerrechtlichkeit. Leipzig 1908.
Oertmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1905.
v. Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. 1904.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 1903.
Planck, Der Begriff der Widerrechtlichkeit im § 123 BGB. In der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger, 1900.
Rebitzki, Ungewollte Willenserklärungen. Diss. Königsberg. 1911.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. 1899.
Riezler (s. Staudinger).
Schliemann, Zur Lehre vom Zwang. Rostock 1861.
Sigwart, Logik. Bd. 2. 1. Aufl. 1889.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1912.
Thon, Der Normenadressat. In Jherings Jahrbüchern Bd. 50 1. Aufl.
Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrags.
Wieseler, Die Widerrechtlichkeit der Drohung als Erfordernis der Anfechtung wegen Zwangs. Diss. Rostock 1903.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1900/01.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. 1900.

II. Materialien, Zeitschriften, Sammlungen von Entscheidungen.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts.
Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Kuhlenbeck, Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle zur 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Protokolle Mugdan, Bd. 1.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.

I.

Muß oder kann das Rechtsgeschäft, das unter Zwang zustande gekommen und infolgedessen nach § 123 Abs. 1 BGB. anfechtbar ist, auch wegen Unsittlichkeit (speziell wegen Wuchers) nach § 138 BGB. nichtig sein?

§ 138 lautet: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines andern sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen".

Die beiden Absätze stehen offenbar innerhalb desselben Paragraphen in engerer Beziehung, und zwar, ohne es näher zu bestimmen, so, daß sich der erste Absatz in dem zweiten irgendwie spezialisiert. (Auf den Streit, ob Abs. 2 ein Spezialfall gerade des Verstoßes gegen die guten Sitten sei, braucht hier nicht eingegangen zu werden.) Es ist nun für uns zweckmäßig, zuerst die Konkurrenz des § 123 Abs. 1 mit dem Abs. 2 des § 138 auf ihre Existenz und Beschaffenheit hin zu prüfen, da so nicht die Gefahr besteht, daß der speziellere Inhalt des Abs. 2 hinter der Prüfung des allgemeineren Abs. 1 nicht recht zur Geltung komme.

§ 1.

Es ist demnach zunächst zu untersuchen, ob und wie das Anwendungsgebiet des § 123 Abs. 1 in das des § 138 Abs. 2 übergreift, und zwar zu Beginn, ob ein solches Übergreifen ein notwendiges ist. Es kommt für uns nur der Tatbestandsteil des Ausbeutens einer Notlage in Betracht, da nur sein begrifflicher Inhalt an die Bedeutung der Drohung grenzt. Die Frage aber, ob die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 immer erfüllt sein müssen, wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit

des § 123 Abs. 1 (Drohung) gegeben sind, ist schnell auf Grund folgenden Hinweises abgetan. Beispiel: Ich drohe jemandem mit der Pistole, damit er von mir meine Wohnung zu dem angemessenen Mietzins miete. Dieser Fall enthält unbestritten die Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs. 1, und es ist daher der erzwungene Mietvertrag nach diesem Paragraphen von seiten des Gezwungenen anfechtbar. Ein wucherisches Rechtsgeschäft des § 138 Abs. 2 ist es jedoch bestimmt nicht. Denn auch wenn man das Gegebensein der Ausbeutung einer Notlage nicht bestritte, so läge doch gewiß keine wucherische Ausbeutung vor, da ein objektives Tatbestandsmerkmal des § 138 Abs. 2, nämlich das auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, nicht vorhanden ist. Hieran scheitert also unzweifelhaft ein notwendiges Zusammentreffen des § 123 Abs. 1 (Drohung) mit dem § 138 Abs. 2.

Es ist jetzt zu sehen, ob auch die bloße Möglichkeit geleugnet werden muß, daß das erzwungene Rechtsgeschäft wucherisch im Sinne von § 138 Abs. 2 sein könne. Auch hier darf es uns nur auf die „Ausbeutung einer Notlage“ ankommen, da nur sie gleichsam in derselben Richtung und unter den gleichen Umständen wie die Drohung zur Erzeugung einer Erklärungsabgabe vor sich geht.

Sicher besteht die Möglichkeit, daß bei dem erzwungenen Rechtsgeschäft für eine Leistung Vermögensvorteile versprochen werden können, die den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen. Schwierig und bestritten aber ist die Beantwortung der Frage, ob bei einem solchen Rechtsgeschäft, das infolge von Drohung perfekt wurde, „Ausbeutung einer Notlage“ vorliegen kann. Um dies zu ermitteln, ist es notwendig, die scheidenden Merkmale zwischen dem Herbeiführen einer Willenserklärung durch Drohung (§ 123 Abs. 1) und dem Ausbeuten einer Notlage zwecks Abgabe einer Willenserklärung (§ 138 Abs. 2) zu finden.

Zunächst sei mit wenigen Worten auf die geschichtliche Entwicklung hingewiesen, aus der einige Schlüsse auf die Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen gezogen werden können. Im gemeinen Recht war es streitig, ob das Ausbeuten der Notlage ohne Tätigwerden im Zufügen von Übel unter den Drohungsbegriff falle. Regelsberger[1]) befürwortet dies und glaubt, daß eine Drohungshandlung nicht notwendig als Ursache der Zwangslage wirken brauche. Hier sei nur ganz kurz angedeutet,

[1]) Pand. Bd. 1 S. 530.

daß die Ansicht Regelsbergers gegenüber dem in den römischen Quellen häufig hervorgehobenen Erfordernis des metus illatus nicht haltbar ist; die von ihm für seine Meinung zitierte l. 7 D. 4, 2 ist in einem Sinne auszulegen, der für die Drohung das Begriffsmerkmal des eine Zwangslage bewirkenden Handelns als unerläßlich erscheinen läßt. Dies ist von Kohler[1]) aufgedeckt worden. Auch die neueren Privatrechtskodifikationen, wie z. B. das Allgemeine Landrecht, verlangen für den Drohungsbegriff das positive Tätigwerden des Drohenden. Es ist hier der Satz herauszulesen,[2]) daß das Veranlaßtsein durch eine Notlage sich nicht für eine Anfechtung wegen Zwangs eigne, und an anderer Stelle[3]) wird gezeigt, daß die Drohung mit dem Vorenthalten eines noch nicht eingetretenen Vorteils die Anfechtung nicht begründen kann. Hieraus aber geht ziemlich unzweideutig hervor, daß das Allgemeine Landrecht auf dem Standpunkt steht, die Drohung werde nur durch ein positives Handeln mit verschlimmernder Wirkung im Sinne der Anfechtbarkeit rechtlich relevant. Auch im Code civil art. 111, 112 wird (wenn auch nicht allzu scharf) auf die Notwendigkeit des positiven Tuns hingewiesen.[4]) Das österr. und das sächs. Gesetzbuch haben die enge Begrenzung für das Gegebensein der Drohung schärfer formuliert, und hierin ist ihnen das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt. Dies geht aus der

---

[1]) Die Menschenhilfe im Privatrecht in Jherings J. Bd. 25 S. 25 ff.; vgl. auch G. Klee, Drohungsbegriff S. 9 ff.

[2]) § 431, 4 ALR.: „Dadurch aber, daß eine drohende Gefahr zu der Willenserklärung bloß Anlaß gegeben hat, wird diese noch nicht entkräftet". Dieser Paragraph folgt nach den Paragraphen, in denen die actio quod metus causa, schuldbare Einwirkung eines Menschen voraussetzend, in ihren Voraussetzungen formuliert ist, z. B. § 31: „Äußerungen des Willens, wozu jemnnd durch physische Gewalt genötigt worden, haben keine verbindliche Kraft"; oder § 33: „Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und Ehre machen jede darauf erfolgende Willensäußerung unkräftig", in Verbindung mit § 34: „Drohungen sind gefährlich, wenn die Ausführung derselben entweder an sich, oder auch nur nach der Meinung des Bedrohten in der Gewalt des Drohenden steht".

[3]) § 40 I, 4 ALR.: „Die gedrohete Entziehung eines Vorteils, welchen der Drohende dem anderen zwar zugedacht, aber noch nicht eingeräumt hatte, macht die Willenserklärung des Bedroheten niemals unkräftig".

[4]) Code civil art. 112: „Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent — —".

Die französische Rechtswissenschaft will allerdings diesen Artikel auch anwenden, wenn das Versprechen ganz allgemein in Angst abgegeben ist und außer Verhältnis zur Gegenleistung steht. Es muß m. E. zugegeben werden, daß die Fassung des Artikels nicht ganz unzweideutig ist. And. A. v. Blume in Jherings J. Bd. 38 S. 226; vgl. hierüber Demolombe, „Cours de Code Napoléon" T. 24 Nr. 150/51.

Trennung der Einwirkungsfälle in § 138 Abs. 2 (Wucher) und § 123 Abs. 1 (Drohung) deutlich hervor. Durch § 138 Abs. 2 wird ausdrücklich das Vorhandensein und Einwirken einer Notlage, die durch Inaussichtstellen der Befreiung aus ihr für die Abgabe einer Willenserklärung ausgebeutet wird, anders geregelt als die Bewirkung der Abgabe einer Willenserklärung durch Drohung.[1]) Auf die begriffliche Trennung des „Ausbeutens einer Notlage" in § 138 Abs. 2 und der „Drohung" in § 123 Abs. 1 muß jetzt noch näher eingegangen werden, nachdem gezeigt worden ist, daß die geschichtliche Entwicklung dahin gedrängt hat, für die Anfechtbarkeit wegen Zwangs die Ankündigung eines schädigenden positiven Tuns zur Voraussetzung zu machen.

Der Begriff der Drohung kann ohne das Handeln einer Person nicht gedacht werden. Dieses Handeln hat eine Person zu beeinflussen und auf ihr psychisches Leben in bestimmender Weise einzuwirken, und zwar ist es hierbei gleichgültig, ob diese geistige Beeinflussung sich infolge von Gewaltakten, von wörtlichen Androhungen oder sonstigem Tätigwerden vollzieht. Der Tatwille des Bedrohten muß durch einen in der Außenwelt in Erscheinung tretenden Tatvorgang seitens des Drohenden in die von diesem erstrebte Richtung gedrängt sein, damit das für den Drohungstatbestand notwendige Handeln als vorhanden angesehen werden kann. Rein physischer Zwang, die körperliche Überwältigung (vis absoluta) gehört nicht hierher; dies ist nicht mehr Bestimmtwerden zur Abgabe einer Willenserklärung durch Drohung, da dem Bedrohten jegliche Entschließung genommen ist.[2]) Die Mögichkeit aber, zwischen dem Erleiden des angedrohten Übels und der Abgabe der Willenserklärung zu wählen, darf dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes nach nicht fehlen, was der Fall wäre, wenn der Bedrohte zum bloßen Werkzeug in der Hand des Drohenden herabsänke. Er muß vielmehr in der Lage sein, von der von dem Drohenden erstrebten Willensrichtung abzuweichen und einen anders gearteten Willen zur Erklärung zu bringen. Überlegung oder auch nur instinktmäßige Entscheidung, die das angedrohte Übel der Abgabe der Willenserklärung gegenübergestellt hat, muß die motivierende Kraft für das schließliche Verhalten des Bedrohten bilden.

Wenn die schlimme Situation nicht zwangshalber bloß angekündigt wird, sondern wenn äußere Verhältnisse oder Einwirkungen anderer Personen als derjenigen, deren Beeinflussung

---

[1]) vgl. Angeloff, Widerrechtliche Bestimmung durch Drohung (BGB. § 123 Abs. 1), Diss. Tübingen S. 21.

[2]) vgl. Mot. z. 1. Entw. Bd. 1 § 103 S. 204.

das abgeschlossene Geschäft zum anfechtbaren machen soll, die schlimme Situation, den Notlagezustand hervorgerufen haben, dann ist durch ein darauffolgendes Handeln dem Drohungstatbestande nicht Genüge geleistet, da weniger durch das Handeln als vielmehr durch den schon vorhandenen Notlagezustand das Ergebnis der Abgabe der Willenserklärung bewirkt worden ist. Sowie also die Furcht vor der Zufügung neuen Übels empfunden wird, sei es auch von einem sich schon in schlimmer Situation Befindenden, kann von Drohung gesprochen werden; keine Drohung jedoch liegt vor, wenn Hilfe aus einer bestehenden Notlage in Aussicht gestellt, ein positiv geartetes Handeln aber in verschlimmernder Richtung dem Betroffenen nicht vorgehalten wird. Hat der von übler Situation Bedrängte bloß Verschlimmerungen zu fürchten, die aus der Situation selbst entstehen können, wenn ihm nicht aus ihr herausgeholfen wird, so ist die Furcht vor solcher Verschlimmerung auch dann nicht als Furcht vor angedrohtem Übel anzusehen, wenn eine Person zur Herbeiführung der Abgabe einer Willenserklärung von dieser ihre Hilfe unter dem Hinweise auf jene Verschlimmerungen abhängig macht. Denn es widerspricht gewiß der Bedeutung des Wortes „Drohung" im Gesetz, wenn man es für das Vorhalten von schlimmen Umständen anwendet, die ohne jegliche Tätigkeit des Vorhaltenden von selbst eintreten müssen.[1]) Kohler[2]) führt hierzu sehr richtig aus, daß einer, der nichts weiteres tue, als daß er den anderen seinem Schicksal überläßt, nicht auf dessen Lage einwirke. Er stehe ihr indifferent gegenüber, er beeinflusse seine Situation nicht, er sehe ihr als ein untätiger Dritter zu. Die Drohung aber, einem anderen als untätiger Dritter gegenüberzustehen, sei keine Drohung im Rechtssinne.[3]) Zu derselben Ansicht bekennt sich das Kammergericht in dem Urteil v. 20. 6. 1906[4]): „Zur Drohung gehört, daß die Beeinflussung des freien Willens des Bedrohten durch ein von dem freien Willen des Drohenden abhängiges, von diesem durch ein noch erst irgendwie durch positive Tätigkeit in Bewegung zu setzen-

---

[1]) Übereinstimmend: Staudinger, Komm. zu § 123 Anm. 3; Enneccerus, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 410 § 161 I, 1: „Daß jemand dem anderweitig in Notlage Geratenen seine Hilfe" ... „verweigert, um ihn zur Gewährung einer Vergütung zu bestimmen, ist keine Drohung im Sinne des § 123"; Tuhr, Notstand ... S. 12ff.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 147 III, 2; Rehbein, Komm. zu §§ 123, 142, 2a; Planck, Komm. zu § 123 S. 226; ebenso die ständige Judikatur der höchsten Gerichte.

[2]) a. a. O. S. 30.

[3]) vgl. auch Schliemann S. 12ff.

[4]) Abgedr. in DJZ. 1906 S. 1097. Dies Urteil stützt sich auf das Erkenntnis des RG. v. 28. 1. 1905, abgedr. in JW. 1905 S. 200.

des Übel erfolgt sein muß; dazu genügt weder die bloße Tatsache, daß die schon bestehenden Verhältnisse von selbst mit Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit ein künftiges Übel befürchten lassen, selbst wenn darauf zum Zwecke der Willensbestimmung hingewiesen ist, noch erfüllt es den Tatbestand der Drohung, wenn die Verhütung solcher üblen Folgen von einem freiwilligen Eingreifen des Drohenden abhängig gemacht wird". Dasselbe will eine Entscheidung des Reichsgerichts v. 26. 9. 1903[1]) sagen: „Beweggründe zu einem Vertrage, die aus einer selbstgeschaffenen Notlage herauswachsen, werden dadurch noch nicht zu Drohungen, daß der andere Teil diese Lage kennt und vielleicht auch zur Sprache bringt. In einem solchen Falle kann sich der andere Teil vielleicht einer unsittlichen Ausbeutung der Notlage schuldig machen, wovon § 138 BGB. spricht".

Es fragt sich nun, ob nach der oben dargelegten Festlegung und Abgrenzung des Wucher- und Drohungsbegriffs sich nicht beide Begriffe in ein und demselben Tatbestand verwirklichen können. Klee[2]) folgert konsequent, nachdem er die Trennung beider Rechtsbildungen richtig vorgenommen hat, daß jedes Ineinandergreifen oder Zusammentreffen geleugnet werden müsse. Dieser Auffassung tritt Henle[3]) m. E. zu Unrecht entgegen. Henle behauptet, Klee sei die Frage entgangen, ob die Drohung nicht ihrerseits einen Notlagezustand gebiert. Es ist gewiß Henle nicht abzustreiten, daß durch die Drohung für den Bedrohten ein Zustand geschaffen wird, der eine Bedrängnis für ihn sein kann. Aber handelt es sich hier wirklich um eine „Notlage", wie sie in § 138 Abs. 2 verlangt wird? In Wirklichkeit ist keine solche „Notlage" gegeben, sondern bloße Furcht vor einer Notlage.[4]) Die meisten Schriftsteller[5]) sehen nun in dieser Furcht vor einer Notlage eine „Notlage" im Sinne des § 138 Abs. 2 und glauben hiermit die Anwendungsmöglichkeit

---

[1]) Abgedr. in JW. 1900 S. 791 Nr. 17.

[2]) Diss. S. 14: „Man wird hiernach völlig getrennte Gebiete annehmen können, entweder Notlagezustände oder Drohungen". S. 10: „§ 123 kann nicht ergänzend eintreten".

[3]) Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung in Festschr. für Zitelmann S. 5/6.

[4]) Dies wird in der Literatur, soweit ich sehe, nicht richtig erfaßt.

[5]) v. Blume in JheringsJ. Bd. 38 S. 258ff.; Hölder, Komm. S. 306; Karas, Widerrechtliche Bestimmung durch Drohung, Diss. Rostock 1903 S. 27ff.; Kohler, Lehrb. S. 521; Marie Munk, Widerrechtliche Drohung des § 123 BGB., Diss. Heidelberg 1911, S. 25; Niemann, Zur Lehre von der Drohung des § 123 BGB., Diss. Leipzig 1908, S. 19ff.; Oertmann, Komm. I 388; Planck in Festgabe für Regelsberger 1901 S. 166ff.; Riezler-Staudinger, Komm. I S. 479 Bem. 2a.

des § 138 Abs. 2 in den Fällen der Drohung, bei denen noch das auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, gesichert zu haben. Dieser Begriffsvermischung aber kann ich nicht zustimmen. Nennt man die Furcht vor einer Notlage, die infolge der Drohung für den Bedrohten regelmäßig entsteht, „Notlage", so ist doch unbestreitbar, daß die Notlage, die vor der Furcht empfunden wird, gänzlich anders geartet ist (dem Inhalt und der Form nach) als die Notlage, als welche die Furcht vor der Notlage bezeichnet wird. Die Notlage aber, die im Sinne von § 138 Abs. 2 ausgebeutet wird, darf keine solche sein, die bei Nichtabgabe der Willenserklärung einen andern Charakter und Umfang annimmt. Hierauf könnte vielleicht erwidert werden, daß die Notlage, wie sie in den regelmäßigen Fällen des § 138 Abs. 2 gegeben sei, doch immer eine andere insofern werde, als bei Nichtabgabe der Willenserklärung die Hoffnung auf Befreiung wegfalle. Bejaht man nun auch die Existenz dieser Hoffnung auf Befreiung oder Besserung in ihrer Eigenschaft als eine die Notlage beseitigende oder mildernde Einwirkung, so bleibt doch immer noch ein scharf trennender Unterschied zwischen dieser Notlage, die zu einer um Geringes schlimmeren wird, indem die vage Hoffnung auf Befreiung von ihr entfällt, und derjenigen „Notlage", die sich, analysiert, als Furcht vor einer Notlage darstellt und sich in eine bei weitem schlimmere und ganz anders charakterisierte Notlage verwandelt. Es darf auch keineswegs übersehen werden, daß bei letzterer Wandlung ins Schlimmere sich ebenfalls das Wegfallen der Hoffnung auf Befreiung findet — aber daneben (und das ist das Wesentliche) tritt eine Verschlimmerung der Situation ein, die nicht nur die Negation einer Besserungs- oder Befreiungsaussicht ist, sondern eine positive Addition von Übel. Hieraus geht klar hervor, daß die Drohung keineswegs einen Notlagezustand gebiert, der geeignet wäre, das Erfordernis des § 138 Abs. 2 zu erfüllen.

Es kann aber auch weiterhin von „Ausbeutung" im Sinne des § 138 Abs. 2 m. E. nicht die Rede sein. „Ausbeutung" ist die Ausnutzung der Lage des Gegners in gewinnsüchtiger Absicht.[1]) Es muß sich also ein schuldhaftes Verhalten an einem ihm gegenüberstehenden Schwächezustand vergreifen. Dies ist bei dem Zwang durch Drohung nicht der Fall. Es ist hier nur die Furcht vor einem Übel infolge der Drohung entstanden, die die Abgabe der Willenserklärung schließlich hervorbringt. Die Drohung dient aber in keinem Moment dazu, diese Furcht vor einem Übel als einen ihr gegenüberstehenden Schwächezustand

[1]) Oertmann, Komm. Ic, 3a zu § 138.

auszubeuten, sondern mit ihr steht und fällt die Furcht vor dem Notlagezustand. Es ist daher unmöglich, die Drohung in irgend einem Moment unter der Auffassung der Ausbeutung von dem durch sie hervorgerufenen Zustand zu trennen. Somit ist es nicht richtig, wenn Henle (S. 5) behauptet, daß „das Ausbeuten eingreife, nachdem das Drohen eingesetzt" habe. Das Ausbeuten bestünde in dem Herbeiführen der Willenserklärung, wie es nach und auf Grund der Drohung bewerkstelligt werde. Henle übersieht hier m. E., daß dies Herbeiführen der Willenserklärung sich mit der Handlung deckt, die den Furchtzustand erzeugt — mit der Drohungshandlung, und daß eine Handlung nicht „nach und auf Grund" einer Handlung einsetzen kann, wenn sie mit dieser identisch ist. Wenn ich jemanden mit dem Revolver zwinge, mir eine Sache im Werte von 50 Mk. für 500 Mk. abzukaufen, so hat die Drohung mit dem Revolver als Mittel zur Herbeiführung des Abschlusses des Kaufvertrages keineswegs erst eingesetzt, nachdem durch diese Drohung mit dem Revolver zunächst der Zwangszustand geschaffen worden war. Sondern die Drohung mit dem Revolver ist das Mittel, das den Zwangszustand aufrechterhält — und sobald sie diese Funktion nicht mehr hätte, könnte von einer Drohung und daher von einer Ausbeutung durch Drohung nicht mehr die Rede sein. Es besteht ein Einwirken auf die Person des Käufers (mittels des Revolvers), das sich selbst nicht anders ausbeutet, als jedes zeitliche Handeln sich selbst in der Zeit ausschöpft. Henle merkt nicht, daß das Aufrechterhalten des Zwangszustandes in Wirklichkeit nichts anderes ist als das fortdauernde Neuschaffen dieses Zustands in der zeitlichen Folge. Für ein neues Handeln aber, das sich als Ausbeuten dieser immer neu geschaffenen Zwangszustandsmomente darstellen könnte, bleibt kein Raum.

Die Auffassung Henles läuft auf den Satz hinaus, daß man bei einer Drohung, bei der ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht erzielt wird, bloß den Drohungstatbestand anzunehmen habe, daß dagegen da, wo dies Mißverhältnis vorliegt, § 138 Abs. 2 angewendet werden müsse. Dies wäre aber nicht nur deswegen unzulässig, weil, wie oben ausgeführt wurde, die Abgabe einer Willenserklärung infolge von Drohung (§ 123 Abs. 1) nicht die Folge der Ausbeutung einer Notlage (§ 138 Abs. 2) sein kann, sondern auch, weil durch jene Auffassung sich das willkürliche Resultat ergäbe, daß wucherische Rechtsgeschäfte nur wegen des Mißverhältnisses der beiderseitigen Leistungen nichtig (und nicht anfechtbar) seien, — wohingegen doch gerade auch das Tat-

bestandsmerkmal des Ausbeutens einer Notlage als Voraussetzung der Nichtigkeit einen wichtigen Grund für sie zu bilden hat. Denn ein quantitatives Mißverhältnis zwischen der Leistung des einen Teils und den ihm versprochenen oder gewährten Vermögensvorteilen — sei dies Mißverhältnis auch noch so groß — ist für sich keineswegs etwas, was in so hohem Grade gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr und gegen das Mindestmaß der guten Sitte, das von der Rechtsordnung gefordert werden muß, verstößt, daß das ganze Geschäft inhaltlich als unsittlich angesehen und ihm deswegen die Sanktion versagt werden müßte. So wird in der Tat fast nur durch das Hinzutreten der Ausbeutung einer Notlage die Nichtigkeit (im Gegensatz zur Anfechtbarkeit) begründet. Die Rechtsordnung will offenbar gewisse Rechtsgeschäfte, die nur unter dem Druck von objektiv vorhandenen Situationen zustandegekommen sind, die daher oft jeglicher Gewolltheit seitens des einen Beteiligten entbehren und die außerdem eine so schlechte Handlungsweise des andern Beteiligten aufweisen, daß diesem gegenüber keine Rücksicht genommen werden braucht, gar nicht als zustandegekommen ansehen; sie erklärt solche Geschäfte daher für nichtig (z. B. § 138 Abs. 2). Aber subjektiv charakterisierte Beeinflussungen, Einwirkungen auf die Sinne, Einflößungen, die ihrerseits nur in der kaum abgrenzbaren Bewegung der Sinne eines Individuums beruhen (Drohung), können — und das ist auch ihrer getrennten Behandlung nach (§ 123) der Sinn des Gesetzes — nicht mit der Sicherheit in ihrer Ungewolltheit auf der einen Seite und unrechtmäßigen Gewaltsamkeit auf der andern Seite erkannt werden, wie es bei den unter Ausbeutung einer objektiv gegebenen Notlage hervorgegangenen Rechtsgeschäften der Fall ist; daher hat bei jenen Geschäften das Gesetz bloß dem bedrohten Teil durch die Möglichkeit der Anfechtung eine Handhabe zur Abhilfe gewährt. Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich, daß auch die durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäfte, die ein Mißverhältnis der gegenseitigen Leistungen aufweisen, wegen ungeeigneten Tatbestands nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit zulassen.

Es soll aber noch auf einige von der Gegenmeinung (als für sie sprechend) vorgeführten Fälle eingegangen werden, bei denen vor den subjektiven Einwirkung eine Notlage geschaffen ist, und zwar von dem, der hinterher subjektiv einwirkt. Beispiele: Ein Arzt, der eine Operation begonnen hat, verweigert die Durchführung derselben, wenn ihm nicht von dem Patienten ein bestimmtes Honorar versprochen werde;[1]) ein Bergführer

[1]) v. Blume in JheringsJ. Bd. 38 S. 259.

droht an einer gefährlichen Stelle, den Fremden zu verlassen, wenn dieser ihm nicht eine bestimmte Geldsumme gebe oder verspreche; ein Steuermann hört auf stürmischer hoher See auf, das Steuer zu leiten und läßt sich für das weitere Leiten große Summen versprechen; Strandbewohner führen durch falsches Feuer das Scheitern des Schiffes herbei, um dann die Rettung von dem Versprechen eines Hilfs- oder Bergelohns abhängig zu machen.[1]) Für die Annahme von Drohung entscheidet sich Kohler,[2]) und seiner Auffassung folgt Planck.[3]) Beide stehen auf dem Standpunkt, daß wenn die Notlage von demjenigen, der die Willenserklärung verlangt, herbeigeführt ist — mag er auch bei der Herbeiführung selbst noch nicht die Absicht gehabt haben, den anderen dadurch zu einer Willenserklärung zu bestimmen —, die abgegebene Willenserklärung nach § 123 anfechtbar sei. Kohler sagt, alle die Menschen, die in den angegebenen Fällen die Notlage veranlaßt haben, handelten nicht nur, indem sie eine Änderung der Sachlage herbeiführten, sondern auch, indem sie darauf die Situation so beließen, wie sie sei; ganz ähnlich wie der Steuermann handele, nicht nur wenn er das Steuer bewege, sondern auch wenn er die Bewegungen desselben unterlasse; beides sei Ausfluß seiner dirigierenden Tätigkeit.

Auf den ersten Blick scheinen diese Ausführungen Kohlers das Richtige zu treffen. Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch (das will ich im folgenden nachweisen), daß die Lösung der rechtlichen Behandlung der Fälle auf einer Verkennung der Situation beruht. Wäre es richtig, daß durch das Nichtstun nach vorausgegangener Tätigkeit die Notlage herbeigeführt wäre, so könnte man allerdings sagen, daß es Drohung sei, wenn mit dem Nichtstun gedroht werde. Die Notlage ist aber in Wirklichkeit nicht durch das Nichtstun herbeigeführt worden, sondern durch die Tätigkeit bis zum Anfangszeitpunkt des Nichtstuns. Der imponderable Umstand, daß der Tätige, der die Notlage herbeiführte, vielleicht von Anfang an die ganz subjektive Lust hatte, es nicht bei dem Notlagezustand zu belassen, sondern bei Abgabe einer Willenserklärung seitens des Gegners diesen aus dem Notlagezustand zu befreien, kann an der Tatsache nichts ändern, daß sein Handeln zunächst zu nichts anderem als zu dem Notlagezustand geführt hat. Es ist gewiß Kohler zuzugeben, daß der Steuermann das Schiff auch dadurch leiten kann, daß er das Steuerrad in bestimmter Richtung stehen läßt oder auch

---

[1]) Kohler in JheringsJ. Bd. 25 S. 29.
[2]) Kohler a. a. O. S. 28ff.; er stützt sich auf l. 9 § 1 D. 4, 2.
[3]) Festgabe S. 164ff. Im Anschluß an diesen Niemann S. 16ff.

ganz ausschaltet. Sobald aber dieser Zustand erst herbeigeführt ist, und jetzt der Steuermann sagt, er wolle es bei diesem Zustand belassen, wenn ihm nicht eine hohe Summe Geldes versprochen werde, liegt der Fall so, daß er nicht mehr mit der falschen Leitung des Schiffes durch Einstellen des Steuers droht, da die falsche Richtungnahme des Schiffes ja bereits von selbst vor sich geht, sondern er beutet dadurch, daß er sein weiteres Leiten, das die Passagiere aus ihrer Notlage befreien könnte, von der Abgabe einer Willenserklärung abhängig macht, die (allerdings von ihm selbst geschaffene) Notlage aus. Anders läge der Fall, wenn der Steuermann mit der Aufgabe des Steuers drohte; hier wäre allerdings der Fall der Drohung mit einer Übel zufügenden Handlung (nämlich der falschen Leitung des Schiffes) gegeben.

Speziell mit dem Fall, daß ein Arzt die Operation unterbricht und das Weiteroperieren von der Zahlung einer größeren Geldsumme abhängig macht, beschäftigen sich v. Blume[1]) und im Anschluß an ihn Henle.[2]) Beide kommen zunächst zu demselben Resultat wie Kohler und Planck und glauben daher, in dem gesetzten Fall den Tatbestand des Wuchers und der Drohung verwirklicht zu sehen. v. Blume will allerdings — und das ist das Besondere seiner Auffassung — schließlich doch ein anderes Ergebnis erzielen. Ihm scheint zunächst der Zwiespalt „auffallend", der bei obiger Entscheidung dadurch innerhalb der Drohungstatbestände in ihren rechtlichen Folgen entstehe, daß manche bloß anfechtbar, manche anfechtbar und (wegen Wuchers) nichtig seien. Wenn nun Henle gegen das Bedenken v. Blumes über die zwiespältige Behandlung der Drohungsfälle sagt, daß ja „so manche Rechtssätze beim Zusammentreffen mit anderen Grundsätzen Modifikationen erleiden", so hat er gewiß recht, wenn er unter „Grundsätze" Rechtssätze versteht. Dies gilt jedoch nur für „manche" Rechtssätze. Daß aber der Rechtssatz über durch Wucher entstandene Rechtsgeschäfte und der Rechtssatz über durch Drohung zustandegekommene Geschäfte zusammentreffen kann, haben wir oben genauer auseinandergesetzt. Und nur infolge der von uns als fälschlich nachgewiesenen zwiespältigen Auffassung der Drohungsfälle hält v. Blume es für zweckmäßig, die Anwendung des § 138 (die er, wie er ja selbst zugibt, eigentlich für notwendig erachtet, da das Gesetz die beiden so eng verwandten Fälle sicher nicht verschieden behandelt wissen wolle) abzulehnen

[1]) a. a. O. S. 259.
[2]) a. a. O. S. 17.

und nur den § 123 Abs. 1 zur Anwendung zu empfehlen. Mit Recht sagt Henle zu diesem Resultat v. Blumes, dem v. Blume ja selbst keineswegs sympathisch gegenübersteht, daß dies Resultat nicht zu verstehen sei, da dann die reine Ausbeutung einer Notlage zwar zweifellos Nichtigkeit — der schwerere Verstoß dagegen, Ausbeutung und Drohung, eine leichtere Rechtsfolge nach sich zöge.[1]) Daß dieses Resultat nicht, wie Henle will, dadurch richtig gestellt werden kann, daß man in den alten Fehler v. Blumes verfällt und sowohl Nichtigkeit als Anfechtbarkeit annimmt, kann hier, nachdem weiter oben eine ausführliche Begründung gegeben worden ist, mit dem bloßen Hinweis auf die Unmöglichkeit des Zusammentreffens des Wuchertatbestands mit dem der Drohung erledigt werden. Der Arztfall stellt sich vielmehr, ebenso wie der oben behandelte Steuermannsfall, bloß als Ausbeutung einer Notlage im Sinne des § 138 Abs. 2 dar. Daß die Notlage von dem herbeigeführt worden ist, der ausbeutet, widerspricht keineswegs der Regel des § 138 Abs. 2, so daß nicht noch eine besondere Konstruktion für solche Fälle irgendwie nötig ist. Aber hierdurch ließen sich v. Blume und Henle wohl weniger zur Annahme des Drohungstatbestandes verleiten, als durch die drohenden Worte, mit der die Ausbeutung sich in unserm Fall meist vollziehen mag, und die so klingen, als ob bei Nichtabgabe der Willenserklärung eine Schadenszufügung durch positives Handeln einträte. Daß dies nicht der Fall ist, geht aus denselben Gründen hervor, wie sie bei dem Steuermannsfall angegeben wurden. Das Übel ist nicht durch das Aufhören mit Operieren geschaffen worden, sondern durch das Schneiden bis zu dem Zeitpunkt des Aufhörens; es wird daher dem Patienten nicht eine Zufügung von Übel (wie es für die Annahme einer Drohung notwendig wäre) vorgehalten, sondern bloß die Aussicht auf Befreiung aus dem Übel durch weiteres Schneiden und Verbinden. Wir haben es daher hier nur mit Ausbeutung einer Notlage im Sinne des § 138 Abs. 2 zu tun.[2]) Durch diese (innerhalb der Alternative Nichtigkeit—Anfechtbarkeit) einheitliche Auffassung fällt einerseits das

---

[1]) Henle S. 19.

[2]) Niemann, der sich Kohler anschließt, zeigt, wie leicht es ihnen vorkommen kann, daß sich ihr Fehler in einer durchaus widerspruchsvollen Formulierung dokumentiert. Es heißt bei ihm S. 16: „Der Arzt, der von der begonnenen Operation absteht, . . . führt durch sein Verlassen erst die hilflose Lage herbei, welche ohne sein Zutun nicht eingetreten wäre. . . . “ Durch was, muß man hiernach fragen, ist nun eigentlich die hilflose Lage nach dieser Ansicht herbeigeführt worden? Durch das „Verlassen“ oder durch das „Zutun“?

Bedenken v. Blumes über die zwiespältige Auffassung der Drohungstatbestände von selbst weg, und andererseits wird der unsympathische Ausweg vermieden, bei dem das schwerere Vergehen die leichtere Rechtsfolge nach sich zieht.

§ 2.

Es ist jetzt die Frage aufzuwerfen, ob notwendigerweise ein Rechtsgeschäft, das unter Zwang zustandegekommen, und nach § 123 Abs. 1 anfechtbar ist, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 nichtig sein muß.

Im gemeinen Recht herrschte ein sehr heftiger Streit darüber, ob erzwungene Rechtsgeschäfte anfechtbar und nur ausnahmsweise nichtig, ob sie nur anfechtbar oder nur nichtig seien, oder ob sie in der Regel als nichtig und nur in bestimmten Ausnahmefällen als anfechtbar angesehen werden müßten. Für Nichtigkeit trat hauptsächlich Schliemann ein,[1]) der aus den sich widersprechenden Quellen keinen festen Schluß ziehen zu können glaubt und der ganz allgemein, ohne eigentliche positive Grundlage, zu dem Ergebnis kommt, daß erzwungene Rechtsgeschäfte nichtig sein müssen. Windscheid[2]) dagegen steht auf dem Standpunkt, das erzwungene Rechtsgeschäft sei nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, weil der wirkliche Wille erklärt sei. Die Ansicht, daß erzwungene Rechtsgeschäfte in der Regel bloß anfechtbar seien, ist die herrschende Lehre geworden.

Hat nun das Bürgerliche Gesetzbuch dem Streit des gemeinen Rechts ein Ende bereitet, indem es endgültige Regeln aufgestellt hat? Kolbe[3]) glaubt dies verneinen zu müssen. Seine Ausführungen hierüber sind aber unklar. Er sagt, es sei ohne praktische Bedeutung, daß in § 123 durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäfte für anfechtbar erklärt seien; „denn", führt Kolbe weiter aus, „es müßte unter Umständen oder gar in den meisten Fällen" — einen absoluten Maßstab gäbe es nicht — „ein durch Drohung erzwungenes Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden, und es müsse daher dem Gezwungenen nach § 138 zugute kommen", das Rechtsgeschäft also als nichtig behandelt werden. Hätte Kolbe es bei diesen Ausführungen belassen, so ginge daraus nicht mit Sicherheit als seine Ansicht hervor, daß jedes durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft nichtig sei; denn bevor er sagt, es müsse dem

---

[1]) Schliemann, Zur Lehre vom Zwange § 9.
[2]) Pand. Bd. 1 § 80 und insbes. Anm. 2.
[3]) Das erzwungene Rechtsgeschäft S. 41.

Gezwungenen § 138 zugute kommen, weist er darauf hin, daß nur „unter Umständen oder gar in den meisten Fällen“ das durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße. Hieraus muß man aber auf die Auffassung schließen, daß nicht jedem Gezwungenen § 138 zugute zu kommen habe, sondern nur dem, der zum Abschluß eines der Rechtsgeschäfte gezwungen worden ist, das zu den vielen Fällen gehört, die — ob infolge der Drohung bleibe noch dahingestellt — wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind. Nun führt aber Kolbe seine Ausführungen in einem Sinne fort, der nur den Schluß zuläßt, daß er jedes durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft nach § 138 für nichtig hält. Kolbe gibt zwar zu, daß das Gesetz sich einer gleichmäßigen Behandlung der in §§ 123 u. 138 geregelten Materien enthoben habe; dies sei aber nur daraus zu verstehen, daß es in den beiden Paragraphen von verschiedenen Gesichtspunkten ausgegangen sei. Dem zu Trotz fügt Kolbe hinzu, es könne infolge der im praktischen Leben unausbleiblichen Auffassung, daß „ein durch Drohung erzwungenes Rechtsgeschäft genau so, ja vielleicht noch mehr unsittlich ist, wie ein in Ausbeutung einer Notlage geschlossenes“, nicht verhindert werden, daß § 138 auf erzwungene Rechtsgeschäfte angewendet werden müsse. Es sei deshalb nicht zu leugnen, daß wir hier vor einem Pleonasmus stünden, der die Anfechtung überflüssig mache. Aus dieser weiteren Bemerkung geht wohl ziemlich unzweideutig hervor, daß Kolbe immer, wenn er § 123 Abs. 1 (Drohung) anwendet, auch gleichzeitig § 138 anwenden zu müssen glaubt. Hier wird also plötzlich eine Ansicht geäußert, die vorher durch eine andere ausgeschlossen zu sein schien. Schon diese widerspruchsvolle Gedankenfolge zeigt, daß die schließliche Ansicht Kolbes keine feste Begründung gefunden hat, was auch, wie unten nachgewiesen werden soll, der Sache nach nicht möglich wäre. Ein Rechtsgeschäft ist nicht schon deshalb notwendigerweise unsittlich im Sinne des § 138 Abs. 1, weil es infolge von Drohungen zustandegekommen ist. Des Rechtsgeschäfts Inhalt als solcher muß gegen die guten Sitten verstoßen,[1]) und dies muß nicht notwendigerweise bei den durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäften der Fall sein. Dies soll im folgenden näher auseinandergesetzt werden.

Welchen Sinn hat es, daß neben § 138 noch § 123 in das Gesetzbuch aufgenommen worden ist? § 138 sagt, daß „ein

[1]) Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 65 (30, 52); Angeloff a. a. O. S. 190ff.; Enneccerus, Lehrb. Bd. 1 S. 470ff.; Hölder, Komm. 306 u. 277; G. Klee a. a. O. S. 14ff.; Munk a. a. O. S. 23ff., 26ff.; Oertmann a. a. O. S. 427; Riezler a. a. O. Bem. 2a.

Rechtsgeschäft", das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Kann es nun für das Erfordernis der Unsittlichkeit des „Rechtsgeschäfts" genügen, wenn das Erzwingen durch Drohung als unsittliche Handlung angesehen wird? Dies muß verneint werden. Ehe wir jedoch diese Antwort näher begründen, wollen wir zeigen, daß die Drohung des § 123 Abs. 1 keineswegs notwendig unsittlich ist; mit diesem Nachweis hat dann die Behauptung, daß das erzwungene Rechtsgeschäft wegen notwendiger Unsittlichkeit der Drohung stets nichtig sei, schon darum keinen Bestand mehr, weil die Drohung gar nicht unsittlich sein muß.

Die Behauptung, daß die Unsittlichkeit der Drohung eine notwendige sei, soll ihre Begründung in dem Tatbestandserfordernis „widerrechtlich" in § 123 BGB. finden. Über die Bedeutung dieses Begriffs herrscht ein sehr heftiger Streit. v. Blume besonders hat die für uns hier hauptsächlich in Betracht kommende Ansicht vertreten, daß die Einwirkung auf den Willen des Bedrohten dann zu einer „widerrechtlichen" Drohung werde, wenn die Einwirkungshandlung unsittlich sei. Ist sie nicht unsittlich, behauptet v. Blume, dann liegt eine Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 überhaupt nicht vor.[1])

Zunächst ist festzustellen, daß im Gesetz selbst keine Definition des Begriffs „widerrechtlich" zu finden ist. Hiernach sollte man annehmen können, daß dieser Begriff in sich völlig klar und unzweideutig sei. Aber schon die große Verschiedenheit der Auslegungen, die bei der Festlegung der Bedeutung des in Rede stehenden Begriffs vorgenommen worden sind, beweist das Gegenteil. Es läßt sich, wie man vielleicht zuerst glauben könnte, nicht einfach die Strafrechtswidrigkeit unter der Widerrechtlichkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches verstehen. Dieser Gedanke läge insofern nahe, als das Strafgesetzbuch in den §§ 240, 253 die Bedrohung eines Menschen unter Strafe stellt. Daß diese Auffassung jedoch nicht möglich ist, hat v. Blume[2]) sehr richtig erkannt. Der Hauptgrund hierfür ist, daß die Tatbestände der Paragraphen des Strafgesetzbuchs im Vergleich zu dem Drohungstatbestande des § 123 qualifizierte Drohungen darstellen; diese Qualifizierung liegt bei § 240 in dem bestimmten Graderfordernis des Inhalts der Drohung („. . . mit einem Verbrechen oder Vergehen"), bei § 253 in der Notwendigkeit des Vorhandenseins einer Bereicherungsabsicht

[1]) v. Blume a. a. O. S. 253ff.: „Die Drohung ist an sich nicht verwerflich, wenn der Drohende berechtigt wäre, sie auszuführen; sie ist aber stets verwerflich, wenn ihre Anwendung zum Zwecke der Herbeiführung der konkreten Willenserklärung gegen die guten Sitten verstößt"; ähnlich Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 147 S. 442; Hölder zu § 123 N. 4 S. 273.

[2]) v. Blume in Jherings J. S. 240.

(„. . . um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen"). Nichts dergleichen findet sich in § 123 Abs. 1, in dem ohne weitere Klauseln einfach von „Drohung" die Rede ist. Es würde daher sicher nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, wollte man die Anwendbarkeit des zivilistischen § 123 Abs. 1 dadurch in die engeren Schranken der strafrechtlichen Normen zwängen, daß man den Begriff „widerrechtlich" des § 123 Abs. 1 in den Begriff „strafrechtswidrig" umdeutete.

Ist es aber nicht möglich, den strafrechtlichen Begriff „widerrechtlich" für das Zivilrecht zu übernehmen? Auch dies weist v. Blume mit Recht zurück. „Denn", führt er aus, „das Verhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht ist nicht so zu denken, daß ersteres von letzterem darüber Auskunft zu empfangen hätte, wann die Drohung als Zwangsmittel rechtswidrig ist und wann nicht. Vielmehr umgekehrt: die Anwendung von Drohungen zu Zwangszwecken ist dann nicht widerrechtlich im Sinne des Strafrechts, wenn das bürgerliche Recht den Zwang gestattet".

So sieht sich v. Blume, wie er selbst sagt, bei der Auslegung des Wortes „widerrechtlich" im § 123 auf das Bürgerliche Gesetzbuch direkt angewiesen. Er tritt nun aber nicht dementsprechend näher an die Begriffsbildung des Bürgerlichen Gesetzbuches heran, sondern er sucht fast nur in Vergleichen mit anderen Privatrechtskodifikationen seine Auffassung des Begriffs „widerrechtlich" in § 123 BGB. zu begründen. v. Blume[1]) selbst bestreitet nicht, daß fast alle von ihm herangezogenen Gesetzbücher eine große „Unbestimmtheit" in ihrer Ausdrucksweise zeigen, und er gibt damit eigentlich selbst zu, daß die Verwendung dieser Gesetzbücher für die Hinleitung zu seiner Ansicht nicht recht brauchbar seien . . . zum Beispiel das allgem. Landrecht,[2]) der Code civil, das Gesetzbuch für die österreichische

[1]) a. a. O. S. 252 oben.

[2]) ALR. I, 4 §§ 38–40; v. Blume glaubt sich besonders auf § 35 berufen zu können. § 35: „Die Drohung, jemanden eines Verbrechens wegen mit oder ohne Grund gerichtlich angeben zu wollen, vereitelt in der Regel jede darauf erfolgte Willenserklärung". v. Blume sieht hier den Gedanken des römischen Rechts wiederkehren, daß der Drohung entgegengetreten werden müsse, wenn sie contra bonos mores sei. Mag man auch zugeben können, daß dieser Gedanke dem § 35 zugrunde liegt, so ist dies doch als eine Ausnahme von der Regel zu denken, die klar in den §§ 38/39 sich ausgedrückt findet. § 38: „Die Drohung, sich eines Rechtes gesetzmäßig zu bedienen, kann niemals als Zwang angesehen werden". § 39: „Eine Willenserklärung, also wozu jemand durch die Äußerung des anderen, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, bewogen worden, ist keineswegs als erzwungen zu achten". Aus diesen Paragraphen muß herausgelesen werden, daß die Drohung mit Handlungen, zu denen man ein Recht hat, niemals rechtswidriger Zwang ist, ganz abgesehen davon, ob die Ausübung im Einzelfall unsittlich ist oder nicht.

Monarchie, das sächsische Gesetzbuch. „Dieser Unbestimmtheit gegenüber“ zeichne sich „durch erfreuliche Klarheit“ nur das schweizerische Obligationenrecht aus. Es muß zugegeben werden, daß in der Bestimmung des § 30 des schweizerischen Obligationenrechts „die Furcht vor der Geltendmachung eines Rechts wird nur dann berücksichtigt, wenn die Notlage des Bedrohten benutzt worden ist, um ihm die Einräumung übermäßiger Vorteile abzunötigen“, die Geltendmachung eines Rechts nur dann für geeignet gehalten wird, der Erzwinger eines unverbindlichen Vertragsschlusses zu sein (§ 29), wenn sie unsittlich ist. Soll aber wirklich die Regelung des schweizerischen Obligationenrechts irgendwie für den Sinn des entsprechenden Paragraphen im Bürgerlichen Gesetzbuch maßgebend sein? Hier hat doch wohl die Vergleichung der Ausdrucksweise innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst vorzugehen. Denn die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs geben sich gegenseitig ihre Grenzen innerhalb des ihnen zugrunde liegenden Systems — während doch das schweizerische Obligationenrecht mit der Begriffsbildung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichts zu tun hat. Es ist daher ein Hauptgewicht darauf zu legen, daß in einer größeren Anzahl der Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches Begriffe, wie „unsittlich“, „Verstoß gegen die guten Sitten“ usw. gebraucht werden. Mithin liegt es wohl in dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst begründet, daß, wo der Ausdruck „widerrechtlich“ gebraucht ist, nicht „Verstoß gegen die guten Sitten“ der Sinn sein kann. Aber auch der Ausdruck „widerrechtlich“ ist nicht ein einmaliger und daher vielleicht auf eine mehr zufällig ergriffene Ausdrucksweise hindeutende Bezeichnung, sondern „widerrechtlich“ findet sich an sehr vielen Stellen der Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. v. Blume selbst behauptet, „daß der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ eine „Auslegung“ begünstigt, die sagt, es sei dann Rechtswidrigkeit vorhanden, wenn dem Drohenden kein Recht zugestanden habe.[1]) v. Blume meint jedoch weiterhin, daß diese Auslegung für den Begriff „widerrechtlich“ im § 823 sehr wohl angenommen werden könne, nicht aber für den Begriff „widerrechtlich“ in § 123 Abs. 1. Ein Schluß von § 823 auf § 123 sei durchaus nicht ohne weiteres gerechtfertigt. § 823 handele von Folgen der Verletzung subjektiver Rechte. Hier habe es seinen guten Sinn, wenn durch Hinzufügung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne die Fälle ausgeschieden werden, in denen die Rechtsverletzung im

[1]) Planck, Festg. 157ff.

subjektiven Sinn ausnahmsweise nicht zugleich objektiv widerrechtlich sei. § 123 aber beschäftige sich gar nicht mit subjektiver Rechtsverletzung, sondern drücke der Drohung, die zur Herbeiführung einer Willenserklärung dienen soll, den Stempel der Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne auf. Diesen Ausführungen muß aber mit Planck[1]) widersprochen werden. Es ist nicht richtig, daß in § 823 bloß die Verletzung subjektiver Rechte („Eigentum oder ein sonstiges Recht eines andern") getroffen wird, § 823 befaßt sich doch ebenso mit den Folgen der Verletzung von Rechtsgütern, wie z. B. der Freiheit; ein derartiges Rechtsgut, die Willensfreiheit, wird aber in § 123 vor Verletzung geschützt. Es besteht daher kein genügender Grund, um mit v. Blume das Wort „widerrechtlich" in § 123 Abs. 1 dem sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch durchgeführten Sprachgebrauch zuwider, dahin aufzufassen, daß es „Verstoß gegen die guten Sitten" bedeute. Sofern man also auf dem (von uns unten bekämpften) Standpunkt steht, daß bei Unsittlichkeit der Drohung das erzwungene Rechtsgeschäft wegen Unsittlichkeit nach § 138 Abs. 1 nichtig sei, so kann auch nach dieser Ansicht die Notwendigkeit der Anwendung des § 138 Abs. 1 in den Drohungsfällen des § 123 Abs. 1 nicht erwiesen werden; denn es muß keineswegs, wie soeben gezeigt wurde, die Drohung des § 123 Abs. 1 gegen die guten Sitten verstoßen.

Wenn somit auch dargetan ist, daß der Verstoß der Drohung gegen die guten Sitten kein notwendiges Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1 bildet, so bleibt doch die gewiß häufig verwirklichte Möglichkeit, daß die Drohung höchst unsittlich ist. Ist in diesen Fällen wegen der Unsittlichkeit der Drohung das ganze Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 nichtig? Die Beantwortung dieser Frage ist nur möglich, wenn zunächst die Beziehung der Drohung zu dem „Rechtsgeschäft" festgestellt wird.

Die Drohung ist, im engsten Sinne, bloß Mittel zur Erregung einer Furcht, die die zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts erforderliche Willenserklärung hervorbringt. Da aber ohne die Drohung der Furchtzustand nicht zu denken ist, so kann die Drohung als das eigentliche Mittel bezeichnet werden, durch dessen treibende Kraft das Rechtsgeschäft zustandegebracht wird. Die Drohung steht also, da nur an der Entstehung beteiligt, außerhalb des schließlich fertigen Rechtsgeschäfts; es widerspräche daher dem Wortlaut des Gesetzes, das nur bei Unsittlichkeit des „Rechtsgeschäfts" dieses für nichtig erklärt,

[1]) Planck a. a. O. S. 162.

wenn man es auch bei bloßer Unsittlichkeit der Entstehung, bei der das Verhalten einer der beteiligten Personen unsittlich ist, (also bei bloß subjektiver Unsittlichkeit) für nichtig halten wollte. Dies geht aber nicht nur aus dem Wortlaut des § 138 selbst hervor, sondern es zeigt auch die Aufnahme des § 123 in das Gesetzbuch. Die Aufnahme dieses Paragraphen kann nur dann einen Sinn haben, wenn Rechtsgeschäfte, zu deren Abschluß moralisch verwerfliche Mittel angewendet werden, (z. B. Betrug, Drohung des § 123)[1], deren Inhalt aber darum noch nicht unsittlich ist, nicht von § 138 Abs. 1 ergriffen werden. Würden auch solche Rechtsgeschäfte, ohne daß im Einzelfall ihr Inhalt auf den Verstoß gegen die guten Sitten zu prüfen wäre, bloß auf Grund der Tatsache unter § 138 Abs. 1 fallen, daß in der Entstehung oder in einer Nebenbeziehung eine gewisse Unsittlichkeit zu finden ist (die Unsittlichkeit kommt hier gewissermaßen nur von außen her)[2] — dann wäre § 123 überflüssig. Auch könnte die Gegenmeinung mit § 817 nicht recht in Einklang gebracht werden, da in diesem Paragraphen der subjektive Verstoß des Empfängers einer Leistung gegen die guten Sitten nur als Kondiktions-, also nicht als Nichtigkeitsgrund aufgestellt wird.[3] Hierzu tritt noch die Erwägung, daß die ältere Praxis gerade in ihren maßgeblichen Entscheidungen[4] scharf zwischen Unsittlichkeit des Geschäftsgegenstandes und der subjektiven Beweggründe, Mittel und Zwecke der Partei geschieden hatte.[5]

Aber auch innere Gründe sprechen für unsere Auffassung: es würde dem Eingreifen des Richters in die subjektive Tätigkeit des einzelnen ein allzu großer Spielraum gelassen, wollte man für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften die genaue Untersuchung des Verhaltens der Beteiligten für notwendig halten. Wie weit sollte man hierbei gehen? Auf eine wie weit zurückliegende subjektive Tätigkeit zurückgreifen? Die Verkehrssicherheit würde in hohem Grade gestört werden, wenn man der Gegenmeinung zustimmte.

Es wird noch behauptet, daß es deswegen nicht bloß auf die Unsittlichkeit des „Inhalts“ des Rechtsgeschäfts anzukommen habe, weil der 1. Entwurf, der es ausdrücklich auf den „Inhalt des Rechtsgeschäfts“ abstellte, für das Bürgerliche Gesetzbuch in „das Rechtsgeschäft“ ohne Hinweis auf den Inhalt abgeändert

---

[1] Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 30, 52, 64.
[2] Lotmar a. a. O. S. 65.
[3] Oertmann, Komm. Bc. 2β zu § 138.
[4] RGZ. V v. 21. 3. 1894, bei Gruchot Bd. 38 S. 881 Nr. 49.
[5] Oertmann a. a. O.

worden sei. Ob durch diese Änderung des Wortslauts ein sachlicher Unterschied herbeigeführt worden ist, ist streitig. Zitelmann[1]) hatte diese Änderung vorgeschlagen, um die Vorschrift auch bei Unsittlichkeit einer bloßen Geschäftsbedingung anwenden zu können. Eine Geschäftsbedingung gehört aber zum Geschäftsinhalt, es liegt nicht etwa ein Geschäft vor mit einem bestimmten Inhalt, neben dem sich eine Bedingung mit ebenfalls bestimmtem Inhalt befände; sondern der Inhalt des Geschäfts erhält durch den Bedingungsinhalt erst den Charakter, der seine Existenz ausmacht. Auch Oertmann glaubt, es sei mit der Änderung des Textes eine sachliche Erweiterung herbeigeführt worden.[2]) Oertmann meint, es käme nicht sowohl auf den moralwidrigen Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts, als vielmehr auch auf den moralwidrigen Abschluß selbst an. Hier seien zwei Fälle zu unterscheiden. Der erste Fall sei gegeben, wenn das Verhalten, zu dem man sich verpflichtet, überhaupt nicht unter Rechtszwang gestellt werden dürfe, z. B. das Versprechen, zu heiraten oder nicht zu heiraten, die Religion zu wechseln oder nicht zu wechseln. Der zweite Fall liege vor, wenn das Verhalten nicht zu finanziellen Vorteilen in Abhängigkeit gebracht werden dürfe, z. B. das Versprechen eines Lohnes für die Betätigung eines rechtlich oder moralisch gebotenen oder die Unterlassung eines rechtlich oder moralisch verbotenen Verhaltens.[3]) Weil nun Oertmann glaubt, solche Geschäfte seien bloß in ihrem Abschluß, nicht in ihrem Inhalt unsittlich, weil er aber trotzdem will, daß die Rechtsgeschäfte wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig seien, so faßt er die Änderung des Gesetzestextes aus „Inhalt des Rechtsgeschäfts“ in „das Rechtsgeschäft“ als eine auf den Abschluß (im Gegensatz zum Inhalt) ausgedehnte Erweiterung auf. In Wirklichkeit aber ist, z. B. bei dem Rechtsgeschäft, das zum Religionswechsel verpflichtet, nicht der Gegensatz zum Inhalt unsittlich, sondern der Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst. Denn der Inhalt des Rechtsgeschäfts besteht ja gerade aus der Verpflichtung zum Religionswechsel, die unsittlich ist (der Religionswechsel an und für sich verstößt nicht gegen die guten Sitten). Folglich fällt unter den Inhalt des Rechtsgeschäfts auch das, was Oertmann dem Inhalt als Abschluß des Rechtsgeschäfts gegenübergestellt. So kann die Oertmann'sche Auffassung, „das Rechtsgeschäft“ sei ein weiterer Begriff als „Inhalt des Rechtsgeschäfts“, nicht darin

[1]) Rechtsgeschäfte Bd. 2 S. 60.
[2]) Oertmann a. a. O. B I a zu § 138.
[3]) Oertmann a. a. O. im Anschluß an die Ausführungen Lotmars S. 68 ff. für das gemeine Recht.

ihren Grund finden, daß die soeben an einem Beispiel behandelten Rechtsgeschäfte bei anderer Auffassung nicht nichtig seien; denn diese Geschäfte sind ja, wie wir gezeigt haben, in ihrem „Inhalt" unsittlich. Somit muß dabei geblieben werden, daß unter „das Rechtsgeschäft" der Inhalt, aus dem es besteht, gemeint ist, daß daher nur bei Unsittlichkeit des Inhalts, nicht aber bei außerhalb dieses liegendem unsittlichen Verhalten Nichtigkeit nach § 138 einzutreten hat.

Kolbe[1]), der für die notwendige Nichtigkeit der Drohungsgeschäfte eintritt, will nun vielleicht gar nicht bestreiten, daß die Rechtsgeschäfte, bei denen bloß zu ihrem Zustandekommen unsittliche Mittel angewendet worden sind, unter § 138 zu fallen haben; vielleicht ist seine Behauptung, die Drohungsgeschäfte seien „genau so, ja vielleicht noch mehr unsittlich wie ein in Ausbeutung einer Notlage geschlossenes Rechtsgeschäft" dahin auszulegen, daß er jedes durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft als in seinem Inhalt gegen die guten Sitten verstoßend auffaßt; dies aber glaubt er mit seinem Hinweis auf die Wuchergeschäfte beweisen zu können. Dieser Hinweis Kolbes ist jedoch verfehlt. Die Ausbeutung eines gegebenen Schwächezustandes läßt in der Regel ein Rechtsgeschäft zustande kommen, in dem die Nutzbarmachung des objektiv vorhandenen Unglücks eines Mitmenschen verkörpert ist, das daher aus sich selbst heraus Ungültigkeit seines Bestands fordert, wohingegen die bloße Androhung eines Übels in ihrer höchst subjektiven Beeinflussungsmöglichkeit, der Unbestimmtheit ihrer Verwirklichung und der sehr vagen Nähe zu einer noch in der Zukunft liegenden Tat keineswegs mit solcher Sicherheit ein Rechtsgeschäft erzeugt, das (der Regel nach) in seiner Eigenschaft als Folge rohen Raubes Ungültigkeit aus sich selbst heraus verlangt.

Im Anschluß an diese Zurückweisung des Versuchs, durch die Anwendung des § 138 die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 1 auszuschalten, muß noch auf eine Theorie von K. Klee[2]) eingegangen werden, nach der die durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäfte zwischen dem Drohenden und dem Bedrohten entweder nach § 134 oder nach § 138 nichtig sein sollen; denn es soll nach Klees Meinung, das Zusammentreffen mit einem dieser beiden Paragraphen (bei der Beziehung zwischen dem Drohenden und dem Gezwungenen) eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 123 BGB. sein.

---

[1]) a. a. O. S. 41/2 oben.
[2]) Der Erpressungsbegriff, 1914.

Klee stellt als Kern seiner Theorie den Satz auf: In jeder strafrechtlichen Erpressung steckt ein obligatorischer Vertrag, in jedem Erpressungsversuch ein Vertragsantrag.[1]) Der Erpresser sagt zu dem andern Teile: ich will es unterlassen, dieses oder jenes Übel dir zuzufügen, wenn du dich verpflichtest, mir so und soviel Geld zu geben. Geht der Vertragsgegner darauf ein, so kommt ein Vertrag zustande, inhalts dessen sich der eine Teil zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme, der andere zur Gegenleistung der Passivität verpflichtet. Strafbare Erpressung, behauptet Klee weiter, komme nur in Frage, soweit der zugrunde liegende Vertrag zivilrechtlich keinen rechtlichen Bestand hat. Dies aber sei hier bei zwei Sachlagen der Fall: 1. wenn der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt (§ 138), und 2. wenn er einem gesetzlichen Gebot zuwiderläuft (§ 134). Was aber für die Erpressung des Strafrechts gelte, das gelte auch für die Drohung des Zivilrechts,[2]) die nur dann im Sinne des § 123 Abs. 1 gegeben sei, wenn ein (nichtiger) Vertrag vorliege, der auf Abgabe einer Willenserklärung seitens des einen Vertragsteils und Nichterfüllung seitens des andern Vertragsteils gerichtet und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Gebot nichtig sei. Wäre diese Behauptung Klees richtig, so würde allerdings, da Klee § 134, 138 über § 123 greifen läßt, die Bedeutung des § 123 illusorisch.

Diese Auffassung Klees ist von Henle[3]) ausführlich widerlegt worden. Wenn ich auch manchen Einzelheiten der Hensleschen Widerlegung nicht zustimmen zu können glaube, so ist doch ihr Resultat m. E. zu akzeptieren.

Es scheint mir zweckmäßig zu sein, bei einer Widerlegung der Kleeschen Theorie zunächst die Fälle auszuscheiden, in denen Klee ausnahmsweise § 123 anwenden will, ohne das Erfordernis des Vorhandenseins eines nach § 138 oder § 134 nichtigen Vertrags aufzustellen. Durch eine solche Ausscheidung wird gezeigt, ob es Fälle gibt, die, außerhalb der Theorie stehend, sich doch mit dieser vertragen und trotz ihrer gleichsam den Eigenwert des § 123 begründen können.

Henle[4]) glaubt nun, in einer Ausführung Klees über die Beziehungen des § 138 Abs. 2 zu § 123 den mißglückten Ver-

[1]) Klee a. o. O. S. 3.

[2]) Klee verweist hier auf die Mot. z. Entw. d. BGB. (Bd. 1 S. 207), in denen Einheit der Behandlung auf strafrechtlichem und privatrechtlichem Gebiet gefordert wird, angestrebt durch Einführung der Drohung in § 123 BGB. „gemäß dem § 253 StGB."

[3]) a. a. S. 8ff.

[4]) a. a. O. S. 9.

such sehen zu müssen, „ein Gnadenbrot für den § 123 herauszuschlagen". Klee[1]) stimmt nämlich in dieser Ausführung der Ansicht bei, nach der, wenn der Drohende die Willenserklärung bloß „in dem Bewußtsein" akzeptiert, sie sei durch die Drohung herbeigeführt, der Begriff der Drohung nicht erfüllt ist;[2]) es muß (nach dieser Ansicht), damit Drohung im Gegensatz zur Ausbeutung angenommen werden kann, der „Wille", eine gewisse Leistung zu erzwingen, vorhanden sein. Henle faßt diese Stelle bei Klee m. E. nicht richtig auf, wenn er sie für den Versuch erklärt, etwas Rettendes für den § 123 herauszufinden. Klee hat m. E. im Gegenteil gerade mit dieser Vergleichung der „ausbeutenden Drohung" mit der „drohenden Ausbeutung"[3]) zeigen wollen, daß das Verhältnis dieser beiden Begriffszusammensetzungen zueinander ein sehr unklares[4]) und nicht scharf zu zeichnendes[5]) sei, und daß durch diesen Nachweis seine Theorie unterstützt werde, nach der jedes Drohungsgeschäft — in der einen Eventualität wegen des oben geschilderten Eingreifens des § 138 — nichtig sein müsse und nur beim Zusammentreffen des § 123 mit § 138 die eine Möglichkeit für das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 123 gegeben sei. Gerade weil Klee die selbständige Bedeutung des § 123 durch § 138 in seiner Theorie unterdrückt, will er die Unselbständigkeit des § 123 gegenüber § 138 auf jede Art in helles Licht rücken. Aber auch Klees Entscheidung selbst, nach der für den Drohungsbegriff seitens des Drohenden der Wille, den Bedrohten zur Abgabe einer Erklärung zu zwingen, erforderlich ist, zeigt ganz deutlich seine Absicht, die Anwendbarkeit des § 123 auf die Fälle einzuschränken, bei denen infolge der Existenz des nötigen Willens eine vertragliche Einigung über die Abgabe der Willenserklärung und das Nichtzufügen eines Übels (seiner Theorie entsprechend) angenommen werden kann. Es lag Klee also offenbar eher daran, seine Theorie zu stärken als, wie Henle meint, Ausnahmen davon zugunsten des § 123 zu finden.

Eine solche Ausnahme glaubt Klee jedoch an einer anderen Stelle nachweisen zu können. Er behauptet,[6]) daß § 123 überall da in Frage komme, wo mit einem außerhalb des angestrebten

---

[1]) a. a. O. S. 27ff.
[2]) vgl. hierüber Neubecker in JheringsJ. Bd. 25 S. 15, 18.
[3]) Klee a. a. O. S. 28.
[4]) Klee a. a. O. S. 28 und: „noch unklarer ist das Verhältnis zwischen § 123 u. § 138 Abs. 1".
[5]) Klee a. a. O. S. 26: „... läßt sich die Grenze zwischen § 123 und § 138 BGB. nicht mit Schärfe ziehen".
[6]) Klee a. a. O. S. 29.

Vertrages liegenden Übel gedroht werde, daß dagegen § 138 angewendet werden müsse, wenn das angestrebte Übel Gegenstand des erstrebten Vertrags selbst sei. Klee erläutert dies an einem Beispiel: „Droht A dem B mit Totschlag, falls B mit ihm nicht einen Kaufvertrag abschließe, so ist der durch diese Drohung verursachte Vertrag nur der Anfechtung des § 123 unterworfen. . . . Droht A dem B dagegen mit Totschlag, falls B ihm nicht 1000 Mk. gebe, so greift im Falle eines dahingehenden Vertragsschlusses von vornherein nur § 138 BGB. Platz; denn hier ist die Unterlassung des Totschlags Vertragsgegenstand". Läßt sich in dem ersten Fall wirklich eine Ausnahme von der Theorie Klees erblicken, indem der Fall eine wesentliche Besonderheit seines Charakters aufzuweisen hätte, die ihn von den Regelfällen, auf die die Theorie angewendet werden soll, als Ausnahme abheben könnte?[1]) Klee sagt, es sei „für die Anfechtbarkeit des zustandegekommenen Vertrags von vornherein nur insoweit Raum, als von dem Drohenden ein gemäß § 134 oder § 138 BGB. nichtiger Vertrag erstrebt ist — vorausgesetzt, daß die Unterlassung des angedrohten Übels die vertragliche Gegenleistung darstellen soll".[2])

Liegen diese Voraussetzungen bei dem in Rede stehenden Fall vor? Ist besonders die Unterlassung des angedrohten Übels „die vertragliche Gegenleistung"? A droht dem B mit Totschlag, falls B ihm nicht 1000 Mk. gebe. Hier wird von Klee die Unterlassung des Totschlags als Vertragsgegenstand aufgefaßt, da eine Einigung darüber anzunehmen sei, daß die Unterlassung gegen Hingabe der 1000 Mk. verwirklicht werden solle. Aus der Vertragsbildung bei diesem Beispiel muß sich die Konstruktion des Vertrags für das Beispiel ergeben, bei dem A den B mit Totschlag bedroht, um B zum Abschluß eines Kaufvertrags zu bewegen. Steht hier die Unterlassung des Totschlags dem Abschluß des Kaufvertrags genau so gegenüber, wie im vorigen Falle der Hingabe der 1000 Mk.? Genau sowohl insofern nicht, als die Warenlieferung (wenn A Verkäufer ist) oder die Zahlung des Kaufpreises (wenn A Käufer ist) noch als Leistung zur Unterlassung des Totschlags hinzukommt und somit Totschlagsunterlassung plus Warenlieferung bezw. Zahlung des Kaufpreises der Warenlieferung bezw. Kaufpreiszahlung gegenübersteht.

Hierzu könnte Klee vielleicht sagen, daß der Fall, bei dem neben der Unterlassung des angedrohten Übels noch eine (weitere) Leistung die vertragliche Verpflichtung des einen Teils bilde,

[1]) Klee a. a. O. S. 25.
[2]) a. a. O.

seiner Theorie nach nicht unter § 138 oder § 134 zu fallen brauche, da diese ja voraussetze, daß bloß „die Unterlassung des angedrohten Übels die vertragliche Gegenleistung“ darstelle. Aber wenn Klee die Ausnahmestellung jenes Falls auf diese gesuchte Art begründen wollte, so könnte ihm entgegengehalten werden, daß diese Begründung in Wirklichkeit ganz andere Fälle zu Ausnahmen mache und auch das von ihm gegebene Beispiel in seiner Ausnahmestellung nur als ganz anders aufgefaßten Fall rechtfertige als die Fälle sind, für die Klee abstrakt forderte, es müsse bei ihnen „mit einem außerhalb des angestrebten Vertrags liegenden Übel gedroht“ werden. Denn in unserem Beispiel muß, wie wir gezeigt haben, die Unterlassung des Totschlags auch in den Vertrag fallen, wenn man dies Beispiel nicht nach völlig anderem Schema in rechtliche Konstruktion bringen will, als das Schema ist, das für die rechtliche Konstruktion des Beispiels zugrunde gelegt wurde, bei dem (nach der Ansicht Klees) die Unterlassung des Totschlags Vertragsgegenstand sein soll. Hieraus geht hervor, daß die Ausnahmefälle, wie sie Klee abstrakt festzulegen versucht, in Wirklichkeit keine Fälle sind, die in bezug auf die in Rede stehende Vertragskonstruktion die verlangte Besonderheit aufweisen, mit der ihre Ausnahmestellung gerechtfertigt werden könnte. Es ist vielmehr in allen diesen Fällen das angedrohte Übel Gegenstand des (nach der von Klee angegebenen Konstruktion) angenommenen Vertrags.[1])

Henle[2]) scheidet jedoch mit vollem Recht eine Reihe von

---

[1]) Ähnliches wird von Henle a. a. O. S. 10/11, zu dem Kleeschen Beispiel ausgeführt. Henle nimmt aber zunächst an, die Vertragsleistung bestünde auf der einen Seite bloß in der Totschlagsunterlassung, auf der andern Seite in dem Abschluß des Kaufvertrags, und hier sei die Möglichkeit gegeben, daß der Kaufvertrag nicht mehr unter dem Einfluß der Drohung stehe. Demgegenüber muß betont werden, daß solange im Kleeschen Sinne ein Vertrag auf Abschluß des Kaufvertrags gegen Unterlassen des Totschlags angenommen wird, dies immer nur auf Grund einer Drohung mit Totschlag geschieht, die den Kaufvertrag hervorbringt; solange aber die Drohung mit Totschlag den Kaufvertrag hervorbringt, wird der Kaufvertrag unter dem Einfluß der Drohung stehen. Zu seiner (unrichtigen) Bemerkung kommt Henle auch nur, weil er überhaupt zunächst den Vertrag als „Vertrag auf Abschluß des Kaufvertrages gegen Totschlagsunterlassung“ auffaßt und erst „bei näherem Zusehen“ die von uns oben ausgeführte ausschließlich mögliche Vertragskonstruktion vornimmt, bei der Leistung und Gegenleistung klar einander gegenübergestellt, und nicht durcheinandergeworfen sind. Die Bemerkung Henles, es habe nicht § 138 in dem besprochenen Beispiel, sondern § 134 Anwendung zu finden, kann natürlich gegen die in Rede stehende Behauptung Klees, daß das Beispiel ausnahmsweise nur nach § 123 behandelt werden müsse, kein Argument sein.

[2]) Henle a. a. O. S. 9.

Fällen der Drohung als nicht für die Theorie Klees geeignet aus. Es sind dies die Fälle, bei denen ein Dritter die Drohung vornimmt. Hier kann nach der Auffassung Klees bloß die Beziehung zwischen dem Dritten und dem, der zur Willenserklärungsabgabe einem andern gegenüber gezwungen wird, für die Nichtigkeit in Betracht kommen, da nur in dieser Beziehung und nicht etwa in dem Vertrag zwischen dem Gezwungenen und dem Erklärungsempfänger die Unterlassung der Übelszufügung als Inhaltsbestandteil angenommen werden kann. So bleibt der Vertrag zwischen dem Gezwungenen und seinem Geschäftsgegner der Anfechtung nach § 123 vorbehalten. Ob nun, wie es Henle[1]) tut, gesagt werden kann, daß dieser „kümmerliche Ausschlupf" für § 123 von Klee „merkwürdigerweise übersehen" worden sei, scheint mir doch zweifelhaft;[2]) besonders wenn man bedenkt, daß es Klee gar nicht darauf ankam, eine Rettung des § 123 seiner Theorie gegenüber zu vollziehen, sondern nur darauf, die Richtigkeit seiner Theorie zu beweisen, die bloß für die Beziehung zwischen dem Drohenden und dem Gezwungenen aufgestellt ist und die ja auch (ihre Richtigkeit vorausgesetzt) bei jener Personenverschiedenheit auf die Beziehung des Drohenden zum Bedrohten zur Anwendung kommen kann.

Es bleibt also die Theorie Klees, falls sie richtig ist, ohne eigentliche Ausnahme: Zwischen dem Drohenden und dem Bedrohten kommt, falls die Drohung erfolgreich ist, ein Vertrag zustande, der entweder nach § 134 oder nach § 138 nichtig ist. Die Anfechtung nach § 123 käme hiernach, ohne daß Nichtigkeit dazu tritt, nur bei Personenverschiedenheit zur Bedeutung. Aus Abs. 2 des § 123 geht aber hervor, daß bei der Anfechtung nach § 123 in erster Linie an die Drohung seitens der Person gedacht ist, der gegenüber die Willenserklärung abgegeben wird. Kann, ist zu fragen, eine Theorie richtig sein, die die vom Gesetz verlangte Bedeutung eines Paragraphen unterdrückt?

Zum Zwecke der näheren Prüfung der Theorie auf ihre Richtigkeit muß zunächst ermittelt werden, ob man in der Tat in den Drohungsfällen die (nichtigen) Verträge konstruieren kann, ohne mit der Wirklichkeit in Konflikt zu geraten.

Ein Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, das durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zweier (oder mehrerer)

---

[1]) Henle a. a. O. S. 9.

[2]) vgl. auch Henle a. a. O. S. 11 Mitte und Anm. 27: „Die Anfechtbarkeit des § 123 kann daher nur dann praktisch werden, wenn zufolge diesem nichtigen Vertrag der Bedrohte eine Willenserklärung gegenüber einem Dritten abgegeben hat (... worüber Klee sich ausschweigt)".

Parteien abgeschlossen wird.[1]) Es müssen sich also zwei Parteien gegenüberstehen, die zwischen sich eine Rechtswirkung ins Leben rufen wollen, indem sie sich gegenseitig ihren (übereinstimmenden) Willen erklären. Sind diese Voraussetzungen bei der Beziehung zwischen dem Drohenden und dem Bedrohten vorhanden?

Es seien zunächst einige von Klee selbst gebildete Beispiele zur Verdeutlichung vorgeführt. A bedroht den B mit einer wissentlich falschen Anschuldigung im Sinne des § 164 StGB., wenn B ihm nicht 1000 Mk. gebe. B gibt die 1000 Mk. Es leuchtet, meint Klee, hier ohne weiteres ein, daß dieser zwischen A und B zustande gekommene „Vertrag" nichtig sei.[2]) Oder: A droht dem B, ihn wissentlich falsch wegen eines von ihm gar nicht begangenen Diebstahls mit dem Vorgeben anzuzeigen, er habe selbst den B auf dem Diebstahl ertappt — falls nicht B ihm eine Abstandssumme von 1000 Mk. zahle. Hier müßte zur Herstellung des Kleeschen Vertrags die Verpflichtung konstruiert werden, eine wissentlich falsche Anzeige zu unterlassen. Ein weiteres Beispiel: A droht dem B für den Fall der Nichtzahlung von 1000 Mk. mit einem Einbruchsdiebstahl.[3]) A's Willenserklärung müßte also bedeuten: ich verpflichte mich gegen . . . ., nicht bei dir einzubrechen und zu stehlen. Ferner der von uns schon früher behandelte Fall: A droht dem B mit Totschlag, falls B ihm nicht 1000 Mk. gebe oder mit ihm einen Kaufvertrag abschließe. In diesen beiden Fällen ist nach Klees Theorie „die Unterlassung des Totschlags Vertragsgegenstand".[4]) Es liegt also nach der Ansicht Klees ein Vertrag auf entgeltliches Nichttotschlagen vor, den der mit Totschlag drohende Erpresser und sein Opfer eingehen. Die absurde Unnatürlichkeit einer solchen Vertragskonstruktion ist bei diesem Beispiel besonders evident. Die Richtigkeit eines juristischen Aufbaus aber muß, wenn man von dessen Künstelei sich auf den ersten Blick schon abgestoßen fühlt, von vornherein als sehr zweifelhaft erscheinen. Geradezu ins Komische zieht die Kleesche Grundlegung eines Vertrags diejenigen Fälle, bei denen die Drohung nur infolge eines höchst individuellen Glaubens des Bedrohten Erfolg hat. Ein Geistlicher versetzt unter Androhung von Höllenstrafen und Zusage der Seligkeit für den Fall des Nachgebens den Sterbenskranken in Gewissenspein und bewegt ihn dadurch, der Kirche sein ganzes

[1]) Enneccerus, Lehrb. Bd. 1 S. 342.
[2]) Klee a. a. O. S. 3.
[3]) Klee S. 14.
[4]) Klee S. 29.

oder teilweises Vermögen zu vermachen.[1]) „Im Sterbenden soll die Vorstellung erweckt werden, daß der Geistliche einen Einfluß auf sein Schicksal im Jenseits habe", und die endgeltliche Unterlassung der Geltendmachung dieses Einflusses im Jenseits denkt sich Klee als Gegenstand eines Vertrages zwischen dem Geistlichen und dem Sterbenden. Liegt in all diesen Fällen wirklich eine Übereinstimmung von Willenserklärungen vor. Liegen überhaupt Willenserklärungen im Rechtssinne (seitens des Drohenden) vor, ohne die die Existenz eines Vertrages nicht angenommen werden darf?

Über den Begriff der Willenserklärung herrscht Streit. Manche behaupten, es müsse ein Wille neben der Erklärung vorhanden sein, sonst sei keine rechtliche Willenserklärung (Wille + Erklärung) gegeben (Willenstheorie). Andere sagen, es komme nur auf die Erklärung an, in der sich ein etwa zu einem Vertrag erforderlicher Wille ausgedrückt finden müsse; ein Wille der außerhalb der Erklärung gegeben oder nicht gegeben sei, könne den Bestand der Willenserklärung nicht ohne weiteres zerstören (Erklärungstheorie). Dies sind die m. E. wesentlichsten Auffassungen der Willenserklärung; auf die zahlreichen Unterfälle dieser Auffassungen kann hier nicht näher eingegangen werden. Es würde auch zu weit führen, wollte ich hier genauer meine Ansicht begründen, daß es nur auf die Erklärung ankommen kann. Denn nach beiden Meinungen läßt sich, was doch hier nur gezeigt werden soll, der Kleesche Vertrag nicht konstruieren. Besonders zu erwähnen ist jedoch hier eine Zweiteilung der Willenstheorie, weil Henle[2]) dem einen Teil die Schuld an der Kleeschen Vertragslehre zuschiebt. 1) Die Willenserklärung ist die Erklärung eines Wollens, das nur auf den wirtschaftlichen, tatsächlichen Erfolg gerichtet ist.[3]) 2) Die Willenserklärung ist die Erklärung eines Wollens, das auf den Eintritt des rechtlichen Erfolgs gerichtet ist.[4]) Henle behauptet nun, daß man bei Annahme der ersten Ansicht zu der Kleeschen Theorie kommen müsse. „Lautet das Rechtsgeschäft, lautet der Vertrag lediglich auf einen faktischen Erfolg, so ist es schließlich gar nichts Auffälliges, wenn der

---

[1]) Klee a. a. O. S. 56.

[2]) a. a. O. S. 12.

[3]) Lenel in IheringsJ. Bd. 19 S. 154 ff.; Thon, Rechtsnormen S. 365; Schloßmann in GrünhutsZ. Bd. 7 S. 569; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 2 ff.; Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrags S. 48 ff.; Manigk, Anwendungsgebiet S. 81.

[4]) Dernburg § 107 II, 2; Enneccerus § 130 Nr. 4; Windscheid, § 69 Anm. 1a; Zittelmann a. a. O. S. 88.

Erpresser mit seinen Opfern tagaus tagein Verträge abschließt". Hierbei versteht Henle — das geht aus dem Zusammenhang hervor — unter „Verträge" die Verträge, die nach Klees Theorie konstruiert werden sollen. Ich kann aber der Meinung Henles, daß man nach der ersten Ansicht über den Charakter der Willenserklärung zu der Kleeschen Theorie gelangen müsse, nicht beipflichten. Ist denn in Wirklichkeit neben der Erklärung des Drohenden, er wolle B totschlagen, wenn er ihm nicht 1000 Mk. gebe, der Wille als vorhanden anzusehen, sich bei Hingabe der 1000 Mk. des Totschlags zu enthalten, also den faktischen Erfolg des Nichttotschlagens herbeizuführen? Die Umstände, besonders die verbrecherische Gesinnung, der ruchlose und gemeine Inhalt der Alternative in der Erklärung lassen erkennen, daß in der Tat ein Wille nicht als gegeben erachtet werden darf, etwas für den Bedrohten zu bewirken, etwas Faktisches zu seinen Gunsten vorzunehmen. Ich sehe hierbei ganz von der Selbstverständlichkeit ab, daß sich der Drohende nicht rechtlich binden will (darauf wird später noch kurz einzugehen sein). Der Wille des Drohenden, wie er der ganzen Sachlage nach, als der Wirklichkeit entsprechend, angenommen werden kann, trägt den Stempel der wildesten Gier nach Geld; es ist daher m. E. allein richtig, die Existenz eines Willens, nicht zu töten, zu verneinen und bloß den Willen, 1000 Mk. zu erhalten, als wirklich vorhanden anzusehen. Dem Bedrohten bleibt nur die vage Hoffnung, bei Zufriedenstellung des Wollens, das nur auf die Erlangung von Geld gerichtet ist, fernerhin in Ruhe gelassen zu werden. Aber mehr als die schwächliche Berechtigung zu einer dünnen Hoffnung hierauf hat wohl der Drohende nicht geben wollen; wollte man einen anderen Willen konstruieren, so wäre das eine Verkennung der wirklichen Empfindungen und Absichten eines Erpressers. Denn hier geht ein Iddividium vor, ein tierischer Gewaltmensch, der nichts anderes will als Geld . . . (und event. hinterher noch Blut). Es muß daher gegen Henle behauptet werden, daß wenn man für die juristische Willenserklärung das Erfordernis aufstellt, es müsse ein auf einen faktischen Erfolg gerichteter Wille vorhanden sein, doch kein Vertrag im Kleeschen Sinne zustande gekommen sein kann, da in den betreffenden Drohungsfällen, wie wir soeben gezeigt haben, jenem Erforderns nicht genügt und damit die Willenserklärung überhaupt nicht vorhanden ist. Noch viel selbstverständlicher ergibt sich dies Resultat, wenn man annimmt, es müsse bei der Willenserklärung der Wille (den die Willenstheorie fordert) auf eine rechtliche Bindung hinzielen. Dies ist offenbar auch die Ansicht Klees

selber, der zu Beginn seiner Schrift über das Wesen des obligatorischen Vertrags sagt[1]): „In und mit Abschluß des Vertrages willigt der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung darin ein, daß der zur Erlangung des Geschuldeten erforderliche Zwang gegen ihn bezw. seine Vermögenssphäre seitens des Gläubigers auf gesetzlich geregeltem Wege geübt werde". Es beruhe, sagt Klee, „die Exekution wider Willen ees Schuldners auf seinem eigenen vertraglichen Willen". Klee spricht daselbst ferner von einem „ursprünglichen Willen des Schuldners als Quelle der Zwangsberechtigung des Gläubigers", von der „ursprüuglichen Bindung des Willens des einzelnen". Aus diesen Äußerungen geht mit Deutlichkeit hervor, daß Klee zum Zustandekommen eines Vertrages Rechtsfolgewille verlangt. Wie aber erscheint dieser Wille zur rechtlichen Bindung in den uns interessierenden praktischen Fällen? A droht dem B, ihn töten zu wollen, wenn B ihm nicht 1000 Mk. gebe. Hat die Drohung Erfolg, dann soll (sagt Klee) A den Willen gehabt haben, sich auf rechtlichem Wege zum Nichttöten zwingen zu lassen. Es ist klar, daß ein auf diese Weise konstruierter Wille des Verbrechers völlig außerhalb jeder Realität liegt. Da also die Willenserklärung auch nach dieser Ansicht über ihr juristisches Wesen gar nicht abgegeben wird, so kann ein Vertrag, der sich aus ihr unter anderem zusammensetzen sollte, nicht zustande gekommen sein.

Aber auch wenn man für die juristische Willenserklärung keinen inneren Willen irgendwelcher Art für erforderlich hält, sondern nur die Erklärung des Willens, also eine objektive, äußerlich wahrnehmbare Tatsache[2]) für maßgebend erachtet.[3]) muß man dazu kommen, daß der Vertrag im Sinne Klees zwischen dem Drohenden und Bedrohten nicht entsteht. Mag auch der Drohende ausdrücklich gesagt haben: Ich werde dich nicht töten, wenn du mir 1000 Mk. gibst, so macht doch der ganze Ton, in dem diese blutigen Worte hastig hervorgestoßen werden, die Roheit und Ungezügeltheit der Gedanken, die von niedriger Augenblickslust erzeugt, jede Minute launenhaften Änderungen unterliegen, die Erklärung zwar zu einer Drohung mit Totschlag, nicht aber zu einer Vertragsofferte über entgeltliches Nichttotschlagen. Der Bedrohte weiß und muß wissen, daß der Drohende seine Drohung nicht als Erklärung hervorbringt, die das Leben oder das Vermögen des Bedrohten in Zu-

---

[1]) Klee a. a. O. S. 7/8.
[2]) Eberhard, Wille und Willenserklärung, in DJZ. 1909 Nr. 17.
[3]) Dies halten wir für das Richtige.

kunft zu schonen verspricht, da, wer einmal als Erpresser in dieser Art verbrecherische Gesinnungen gezeigt hat, jedes Mittel wohl solange anwenden wird, als es Erfolg erhoffen läßt. Es ist daher, wenn man bei der Auslegung der Erklärung nicht „an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften" bleibt (§ 133), sondern aus den begleitenden Umständen, dem ganzen Zusammenhang heraus die Erklärung auffaßt, der „Wille", den sie „wirklich" ausdrückt, also ihr „wirklicher Wille" (§ 133) folgendermaßen zu verstehen: der Drohende will Geld erhalten, möglichst viel. Er will dies durch Androhen eines schweren Übels erreichen, also durch Erwecken der Hoffnung bei dem Bedrohten, daß dies Übel im Falle der Hingabe des Geldes nicht zugefügt werde. Nicht aber ist trotz des eventuellen Wortlauts (bei richtiger Auslegung) von dem Drohenden erklärt worden, er verpflichte sich zum Nichttöten, wenn er Geld erhalte. Eine solche Interpretation, nach der der Drohende sich in Vertragsverhandlungen mit seinem Opfer einließe, widerspräche völlig dem tatsächlichen Vorgang der Erpressung, deren räuberischem Charakter sie keine Rechnung trüge. Da also auch nach der (von uns für richtig gehaltenen) Erklärungstheorie die Willenserklärung gar nicht als abgegeben angesehen werden kann, die den einen Teil des Kleeschen Vertrags auszumachen hätte, so zerfällt der (gedachte) Vertrag in Wirklichkeit in ein rein tatsächliches Zwingen zur Vornahme einer Handlung (der Hergabe von Geld); dieses Zwingen jedoch geschieht mittels einer rein tatsächlichen Einwirkung durch Worte oder Gewalt. Hiermit aber ist die Theorie Klees als eine unnatürliche, sachwidrige Konstruktion aufgedeckt und die Behauptung unrichtig: daß jede erfolgreiche Drohung im Sinne des § 123 zwischen dem Drohenden und dem Gezwungenen einen Vertrag zuwege bringen müsse, der nach § 138 (oder nach § 134) nichtig sei.

Indem oben nachgewiesen ist, daß ein durch Drohung erzwungenes Rechtsgeschäft in seinem Inhalt keineswegs notwendig unsittlich (oder gesetzwidrig) sein muß, und (noch weiter oben) daß es bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße und dementsprechend nach § 138 nichtig sei, nur auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts anzukommen habe, ist gleichsam schon auf die Möglichkeit hingewiesen, nach der ein durch Drohung erzwungenes Rechtsgeschäft dann nichtig ist, wenn im einzelnen Fall sein Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Aber auch gegen diese Möglichkeit werden Einwände erhoben. Es wird gesagt, daß wenn das durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten verstoße, trotzdem nur § 123 Abs. 1 als lex specialis Anwen-

dung zu finden habe. Dies hat besonders Hölder in seinem Kommentar behauptet. Seine Argumentation zeigt aber einen falschen Schluß. Hölder sagt, es sei selbstverständlich, daß die Nichtigkeit der unsittlichen Rechtsgeschäfte nur dann eintrete, wenn nicht durch eine Spezialbestimmung ein anderes angeordnet sei; es müsse daher aus der Bestimmung des § 123 Abs. 1, der erwungene Willenserklärungen für anfechtbar erkläre, gefolgert werden, daß sie anfechtbar zu bleiben haben, auch wenn das vorliegende Geschäft unsittlich sei und daher eigentlich nach der allgemeinen Regel des § 138 nichtig sein müßte.[1]) Es ist Hölder gewiß zuzugeben: lex specialis geht vor lex generalis. Aber: ist das Verhältnis zwischen § 123 und § 138 wirklich das der lex specialis zur lex generalis? Dazu würde erforderlich sein, daß § 123 als ein besonderer Fall der Rechtsgeschäfte anzusehen wäre, die gegen die guten Sitten verstoßen. Den Beweis hierfür aber bleibt uns Hölder schuldig. In der Tat ist das durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft keine Art des unsittlichen Geschäfts, wie es der § 138 verlangt. Wir haben oben bereits ausführlicher gezeigt, daß es sich bei den von § 138 ergriffenen Rechtsgeschäften nur um die inhaltlich unsittlichen Geschäfte handelt, als welches das durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft seiner Art nach nicht bezeichnet werden kann. Aus jenen Ausführungen ergibt sich also, daß die Behauptung Hölders, § 123 sei eine Spezialbestimmung und müsse daher dem § 138 vorgehen, nicht richtig sein kann; es ist daher diese Behauptung kein berechtigter Einwand gegen die Anwendung des § 138 Abs 1 auf diejenigen durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäfte, bei denen der Inhalt gegen die guten Sitten verstößt.

II.

Nach § 116 Abs. 2 ist eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, nichtig, wenn sich der Erklärende insgeheim vorbehält, daß Erklärte nicht zu wollen und der andere den Vorbehalt kennt.

Muß oder kann wenigstens der § 116 Abs. 2 mit der widerrechtlichen Bestimmung durch Drohung zusammentreffen? Ist

[1]) Hölder, Komm. S. 306: „es versteht sich von selbst. daß die Gültigkeit eines gegen eine sittlich verbindliche Sitte verstoßenden Rechtsgeschäfts nur insoweit von rechtswegen ausgeschlossen ist, als sie nicht durch das Recht bestimmt ist. Wenn daher auch z. B. das durch Täuschung oder Drohen herbeigeführte Rechtsgeschäft ein Geschäft jener Art wäre, so wäre doch durch die gesetzliche Bestimmung seiner Anfechtbarkeit die Anwendung unseres Paragraphen auf dasselbe ausgeschlossen".

es eine notwendige oder wenigstens für einzelne Sachlagen zutreffende Tatsache, daß bei der durch Drohung erzwungenen Willenserklärung sich der Gezwungene insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen und der andere Teil diesen Vorbehalt kennt? Um diese Fragen beantworten zu können, ist es erforderlich, sich über die scheidenden Merkmale der nebeneinander zu stellenden Tatbestände klar zu werden.

Sowohl im § 116 Abs. 2 als auch im § 123 Abs. 1 ist es eine Voraussetzung der Rechtsregel, daß eine Willenserklärung abgegeben ist. Bei § 116 Abs. 2 handelt es sich aber bloß um empfangsbedürftige Willenserklärungen („einem andern gegenüber abzugeben"); es fallen daher schon von vornherein alle erzwungenen Willenserklärungen, die nicht dem Drohenden gegenüber abzugeben sind, gewiß nicht gleichzeitig unter § 116 Abs. 2.[1]) Ebenso kommt § 116 Abs. 2, wenn die durch Drohung erzwungene Willenserklärung einem Dritten gegenüber abzugeben ist, für die Beziehung zwischen dem Drohenden und dem Gezwungenen, auf welche § 123 Abs. 1 angewendet wird, nicht zur Anwendung; denn hier ist die Person, der gegenüber die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 zu erfolgen hat, nicht dieselbe, auf deren Kenntnis es im Sinne des § 116 Abs. 2 für die Anwendbarkeit dieses Paragraphen ankommt. Diese Fälle sind jedoch (wie im ersten Kapitel schon gezeigt wurde) nicht die Drohungsfälle, an die § 123 Abs. 1 in erster Linie denkt — was besonders aus Abs. 2 des § 123 hervorging. Es könnte daher doch, falls in den übrigen Fällen der durch Drohung erzwungenen Willenserklärung die Tatbestandserfordernisse des § 116 Abs. 2 als notwendigerweise erfüllt angesehen werden müßten, von einem fast ausschließlichen Eingreifen dieses Paragraphen in § 123 Abs. 1 gesprochen werden. Nicht hier ist daher ein zweifelhaftes und schließlich wesentliches Divergieren beider Tatbestände zu suchen, sondern in dem geheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen und in der Kenntnis dieser Tatsache seitens des Erklärungsempfängers. Denn schon auf den ersten Blick erscheinen letztere Umstände in ihrer Begriffs- und Tatbestandsqualität (bezüglich der Tatbestände beider in Rede stehender Paragraphen) als zweifelerweckend und wesentlich: es scheint eine Inhaltsverschiedenheit, eine Inkongruenz zwischen Wille und Erklärung gemeint zu sein . . . und die Kenntnis davon seitens des gegenüberstehenden Teils. Ist es nicht aber immer beim Gezwungenen der Fall, daß das Erklärte nicht gewollt ist, da hier die Erklärung als abgenötigte Äußerung erscheint? Und weiß von

[1]) Diese Fälle scheint Henle a. a. O. S. 50 übersehen zu haben.

diesem Nichtwollen nicht immer der Drohende? Man sieht, wie der Tatbestand des § 116 Abs. 2 in den des § 123 Abs. 1 hineinrücken will. Kann ihm dies gelingen?

Es gilt das Wesen des Vorbehalts, das Erklärte nicht zu wollen, zu bestimmen, und zwar soll zuerst der Grundfall, das Nichtwollen des Erklärten, festgelegt werden. Von hier aus ist dann eine Erörterung von Abweichungen möglich, wie sie vielleicht für den § 123 Abs. 1 und den Vorbehalt in § 116 Abs. 2 in Betracht kommen. Stellt sich der Vorbehalt als notwendige Erscheinung im Tatbestand des § 123 Abs. 1 heraus, so ist wohl eine die Hauptbedeutung dieses Paragraphen gefährdende notwendige Konkurrenz mit § 116 Abs. 2 die unvermeidliche Folge.

Was will man nicht, wenn man das Erklärte nicht will? Es ist offenbar, daß hier zunächst die Annahme der ernstlichen Erklärung notwendig ist, die die Möglichkeit zuläßt, daß sie von dem Erklärenden gewollt sei; denn nur so ist eine Negierung des Wollens des Erklärten denkbar. In der Person des Erklärenden aber muß das Bewußtsein vom Sinn der Erklärung vorhanden sein;[1]) denn die Notwendigkeit eines solchen Bewußtseins für das Wollen des Erklärten entspricht der Notwendigkeit solchen Bewußtseins für das Nichtwollen des Erklärten. Das Wollen ist das Streben in einer bestimmt vorgestellten Richtung (das sich auch in psychischer Bewegung manifestieren kann); die Folge davon ist, daß derjenige, der das Erklärte nicht will, eine klare Vorstellung von dem haben muß, was er zu erstreben vermeidet. Das Gesetz spricht aber in § 116 Abs. 2 nicht einfach von einem Nichtwollen des Erklärten, sondern von einem geheimen Sichvorbehalten, das Erklärte nicht zu wollen. Hier ist gewiß auch das soeben behandelte Bewußtsein vom Sinn der Erklärung notwendig, da es sich ganz offenbar um einen Nichtwollensgedanken handelt. In dem Vorbehalten aber, das Erklärte nicht zu wollen, liegt das heimliche Sichvorstellen der sicheren Möglichkeit, jederzeit das Nichtwollen des Erklärten mit Erfolg offenkundig werden zu lassen. Dabei kann sehr wohl im Augenblick der Erklärungsabgabe das Erklärte vom Erklärenden gewollt sein und für den Fall plötzlichen Nichtwollens das soeben gezeigte Vorstellen seinen Sinn haben. Es kann auch als entgegengesetzter Fall die Sachlage die sein: daß der Erklärende schon im Augenblick der Erklärungsabgabe das Nichtwollen der Erklärung im Bewußtsein hat; hier ist der Inhalt des geheimen Vorbehalts eben dies Nichtwollen, das neben seiner augenblicklichen Realexistenz noch in der Vorstellung

[1]) vgl. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie S. 44.

schwebt, daß es geeignet sei, den Rechtserfolg der Erklärung aufzuhalten. Aber nur dieses Sichvorstellen bildet den Inhalt des Vorbehalts, nicht etwa das tatsächliche Nichtwollen, das ebensogut ein Wollen sein könnte, ohne den Vorbehalt zu zerstören.[1]) Das reine Divergieren zwischen Wille und Erklärung kann nicht, wie viele meinen, der Sinn des Gesetzes sein, das ausdrücklich von einem geheimen Sichvorbehalten, das Erklärte nicht zu wollen, spricht. Die praktische Notwendigkeit dieser Auffassung zeigt sich besonders einleuchtend bei dem Fall, in dem im Augenblick der Erklärungsabgabe der Wille zur Geltung des Erklärten noch nicht ausgeprägt, das Erklärte weder gewollt noch nicht gewollt ist und nur das vom Gegner erkannte Sichvorstellen von der Wirksamkeit eines (eventl. später realen) Wollens zur Nichtgeltung vorhanden ist. Es wäre nicht zu verstehen, wenn dieser Fall nicht unter § 116 Abs.2 fallen sollte, da, wenn auch nicht der Wille, das Erklärte solle nicht gelten, vorhanden ist, so doch das Erklärte in dem Sinne nicht gewollt ist, als jeglicher Wille fehlt.

Henle[2]) glaubt gegen unsere Auffassung (nach der bei der Definition des geheimen Vorbehalts, das Erklärte nicht zu wollen, nicht der augenblickliche bei der Abgabe vorhandene Wille wesentlich ist, sondern die Vorstellung der Möglichkeit, das Eingreifen der Rechtsnorm durch ein Nichtwollen zu verhindern) Front machen zu können, indem er die Frage aufwirft: „Wie soll es denn jetzt mit dem werden, was wir bisher Mentalreservation nannten?“ Henle meint hiermit allerdings nicht, es müsse für die Mentalreservation des § 116 die übliche Definition der einfachen Divergenz zwischen Wille und Erklärung übernommen werden, jedoch er meint, daß eine zu starke Abweichung von jener Grundbedeutung nur durch sehr ernste Gründe zu rechtfertigen sei, die aber gänzlich fehlten. Hierauf muß erwidert werden, daß die von uns im Anschluß an v. Pestalozza aufgenommene Definition des geheimen Vorbehalts, die Erklärung nicht zu wollen, sehr wohl den Fall einbegreift, in dem der Erklärende schon zur Zeit der Erklärungsabgabe das Erklärte nicht will, wenn auch hierzu noch die Vorstellung einer Bedeutung dieses Nichtwollens zu kommen hat, und zwar als der den Vorbehalt in abstracto charakterisierende Umstand. Daß von unserer Definition auch diejenigen Fälle erfaßt werden, bei denen der im Augenblick der Erklärungs-

---

[1]) v. Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation S. 48; ihm folgend: Riezler-Staudinger Komm. Bd. 1 S. 372 Ziff. 2.

[2]) a. a. O. S. 48.

abgabe gerade vorhandene Wille nicht der Wille ist, daß das Erklärte keine rechtliche Geltung habe, das bedeutet nur Mangel an Willkür in der Behandlung innerer Tatsachen, zu denen geradeso wie der augenblickliche Negierungswille die des Bejahungswillens erfolgreiche Änderung erwägende Gesinnung gehört. Ist diese dem Frklärungsempfänger bekannt und tritt sie hierdurch gleichsam in das Erklärte hinein,[1]) so ist die Nichtigkeit in dem offenbar gewordenen Mangel an Endgültigkeit des Geschäftswillens wohl ebensogut begründet, wie bei einer momentanen Verneinung desselben.

Henle[2]) stellt selbst folgende These auf: Die Mentalreservation umfaßt nur diejenigen Fälle des Nichtwollens des Erklärten, in denen der Erklärende auf das Nichtwollen des bewußt Erklärten die Hoffnung gründet, der Rechtserfolg werde, da er das Gewolltsein voraussetze, nicht eintreten können. Diese Definition scheint mir aber in sich widerspruchsvoll zu sein. Nach ihr soll das Nichtwollen des Erklärten feststehen, aber sich daran die Hoffnung anschließen, der Rechtserfolg werde nicht eintreten. Eine solche Hoffnung ist aber nicht ohne den Willen denkbar, der dahin geht, daß das Erklärte, falls es möglich ist, keine rechtliche Geltung habe; dementsprechend ist auch der Wille vorhanden, das Erklärte solle rechtlich gelten, wenn es nicht nicht gilt. Letzterer Wille jedoch wäre nicht in Einklang zu bringen mit dem von Henle als Grundlage geforderten Nichtwollen des Erklärten. Aber auch wenn Henles Definition bedeuten soll, daß ein Nichtwollen des Rechtserfolgs bei dem „Vorbehalt“ in der Abschwächung durch diejenigen Willensmomente erscheine, die zur Zeit der Abgabe der Erklärung auf den Eintritt des Rechtserfolgs für den Fall der Unmöglichkeit des Nichteintritts gerichtet sind[3]) — kann die Definition nicht angenommen werden. Sie läßt nämlich nicht die Gewißheit über die erfolgreiche Wirkung eines Nichtwollens im Bewußtsein des Erklärenden zu, was aber jeder Vorbehalt, das Erklärte „nicht“ zu wollen, fordert. Denn ein Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, kann nicht nur in dem Nichtwollen des Erklärten für den Fall, daß der Rechtserfolg ausbleibt, bestehen (was in der Abgabe einer Willenserklärung mit der bloßen Hoffnung auf Ausbleiben des Rechtserfolgs läge), sondern dieser Vorbehalt verlangt das Vorstellen der Richtlinien, in denen ein unbedingtes reines Nichtwollen des Erklärten erfolgreich wirken kann. Wir

[1]) vgl. Franz Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb S. 4.
[2]) a. a. O. S. 40ff. und Das Anwendungsgebiet der Anfechtung . . . S. 52.
[3]) Hier bildet das Nichtwollen des Erklärten nicht einen Bestandteil des Vorbehalts.

müssen daher dabei bleiben, daß der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, die Vorstellung bedeutet, deren Inhalt die Gewißheit ist, durch Nichtwollen des Erklärten den Eintritt der Rechtswirkung des Erklärten verhindern zu können.

Nachdem so über den Begriff der Mentralreservation im Sinne des § 116 Klarheit gewonnen ist, können wir prüfen, ob bei dem durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäft, das nach § 123 Abs. 1 anfechtbar ist, auf seiten des Gezwungenen der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, gegeben sein muß und auf der Seite des Drohenden die Kenntnis von diesem Vorbehalt. Bei dieser Prüfung kommt es nicht darauf an, festzustellen, ob der Gezwungene seine (erzwungene) Erklärung will oder nicht will, da, wie wir gesehen haben, das reine Nichtwollen nicht der Sinn des geheimen Vorbehalts, das Erklärte nicht zu wollen, ist. Wir müssen vielmehr untersuchen, ob der Gezwungene bei der Abgabe der Erklärung die Vorstellung haben muß, daß er durch ein Nichtwollen des Erklärten das Eintreten des Rechtserfolges aufhalten könne. Wenn man nun auch der m. E. gar nicht so zweifellos richtigen Annahme zustimmte, daß der Gezwungene nie das gezwungenermaßen Erklärte will,[1]) so ist es doch selbst für diesen Fall unzweifelhaft, daß das Vorstellen, dies Nichtwollen sei sicher geeignet, die Rechtswirkung zurückzuhalten, nicht vorhanden sein muß und nur in sehr seltenen Fällen vorhanden sein wird.

Planck[2]) behauptet nun, daß für die (von uns als selten vorkommend erkannten) Fälle des Zusammentreffens der Voraussetzungen von § 116 Abs. 2 mit denen des § 123 Abs. 1 nur § 123 Abs. 1 „nach der Absicht des Gesetzes“ anzuwenden sei. Eine solche Absicht des Gesetzes ist aber nicht ersichtlich; vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit des Eintritts der Nichtigkeit bei einem zufälligen Konkurrieren beider in Rede stehender

---

[1]) Es wird m. E. in vielen Fällen durch die Drohung das Nichtwollen des Bedrohten gebrochen und es tritt dann oft völliges Verstummen jedes inneren Wollens, Willensgleichgültigkeit ein, oft aber auch geradezu das positive Wollen des Erklärten, indem der Bedrohte den Drohenden befriedigen will, um sich vor weiteren Drohungen und Belästigungen zu schützen.

[2]) Planck, Komm. Bd. 1 Bem. 3e zu § 123 S. 223: „Nicht zu berücksichtigen sein wird die Möglichkeit, daß der Erklärende bei der abgenötigten Erklärung den geheimen Vorbehalt gemacht hat, das Erklärte in Wirklichkeit nicht zu wollen und daß der andere Teil dies gewußt hat. Nach § 116 Abs. 2 würde eine empfangsbedürftige Willenserklärung in einem solchen Falle nichtig sein. Aber nach der Absicht des Gesetzes dürfte in diesem Falle nicht der § 116, sondern nur der § 123 anwendbar sein“. Eine Begründung für die Annahme einer solchen Absicht des Gesetzes fehlt bei Planck.

Tatbestände klar aus folgender Erwägung. Durch § 116 Abs. 2 wird derjenige geschützt, der sich das Nichtwollen des Erklärten insgeheim vorbehält, in dessen Vorstellung also, wie gezeigt worden ist, die Geltendmachung der Ungültigkeit der Erklärung wegen Nichtwollens eine starke Rolle spielt. Es widerspräche nämlich dem Rechtsschutzgedanken, wollte man denjenigen, durch Gültiglassen der Erklärung schützen, der jene mit der Möglichkeit des erfolgreichen Vorbringens eines bloß von der eigenen Willensrichtung abhängigen Ungültigkeitsgrundes rechnende Gesinnung ausnutzt. Ist aber erst unter dem Druck einer widerrechtlichen Drohung seitens des Ausnutzenden jener Vorbehalt entstanden, so wäre es widersinnig, hier dem Erklärenden weniger Schutz zu verleihen. Denn es treten in diesem Falle zu den Voraussetzungen für den Schutz nach § 116 Abs. 2 noch die Voraussetzungen für den Schutz nach § 123 Abs. 1 hinzu. Es kann aber unmöglich der Sinn des Gesetzes sein, bei steigender Schutzbedürftigkeit geringeren Schutz zu gewähren.[1])

So muß für einzelne Fälle das Eingreifen des § 116 Abs. 2 in § 123 festgestellt werden; gleichzeitig sei aber die Befürchtung zurückgewiesen, nach der durch dies (wenn auch nicht notwendige) Eingreifen dem § 116 Abs. 2 seine Hauptbedeutung genommen sei. Es ist hier zu betonen, daß schon an und für sich der Fall der durchschauten Mentalreservation im Leben sehr selten vorzufinden ist und daß, wenn er bei der durch Drohung erzwungenen Abgabe einer Willenserklärung in Frage kommt, es immer eine sehr große Schwierigkeit sein wird, den psychischen Vorgang des geheimen Vorbehalts, das Erklärte nicht zu wollen, und die Kenntnis hiervon zu beweisen. § 123 Abs. 1 büßt daher durch die Existenz des § 116 Abs. 2 an seinem Eigenwerte fast nichts ein.

Henle[2]) weist mit Recht noch auf die Gefahr hin, die für die Bedeutung und Selbständigkeit des § 123 Abs. 1 dadurch erwachsen könnte, daß vielleicht § 116 Abs. 2 auf die Fälle der reinen Divergenz zwischen Wille und Erklärung analog angewendet werden müßte. Bei Henles Auffassung, nach der bei der Erklärung des Gezwungenen innerer Wille und Erklärung notwendig divergieren, ist diese Gefahr besonders groß; aber auch wenn man, wie wir es für richtig halten, keineswegs mit solcher Gewißheit dem Bedrohten den Willen zu seiner schließlich ihm abgenötigten Erklärung absprechen zu dürfen glaubt, so bestünde doch in jener analogen Anwendung des § 116 Abs. 2 eine große Einschränkung der Bedeutung des § 123 Abs. 1, da auch

[1]) Henle a. a. O. S. 49.
[2]) a. a. O. S. 53ff.

nach unserer Auffassung nicht bestritten werden soll, daß gewiß häufig dem zur Erklärungsabgabe Gezwungenen der Wille zum Erklärten fehlen wird. Ist aber die in Rede stehende Analogie geboten?

Die Frage ist genauer zu formulieren: Ist eine empfangsbedürftige Erklärung in Analogie zu § 116 Abs. 2 nichtig, wenn der Erklärende das Erklärte nicht will und der Erklärungsempfänger das Nichtwollen des Erklärenden kennt? Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob der Fall, auf den der Rechtssatz des § 116 Abs. 2 analog angewendet werden soll, von den Voraussetzungen dieses Rechtssatzes nur in den Sinn der Regel nicht innerlich begründenden Punkten abweicht.[1]) Es fragt sich also, ob in den Punkten, in denen das einfache Nichtwollen des Erklärten von dem geheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, abweicht, die innere Begründung der Nichtigkeit der Erklärung liegt. Dies kann aber nach dem oben Gesagten nicht zweifelhaft sein. Es wurde oben gezeigt, daß das Nichtwollen im Augenblick der Erklärungsabgabe für den Tatbestand des § 116 Abs. 2 nicht nur nicht ausreichen würde, sondern für die Rechtsfolge der Nichtigkeit im Sinne dieses Paragraphen geradezu als überflüssig erscheint. Auch wenn im Moment der Abgabe ein Wollen des Erklärten vorhanden gewesen ist, so ist doch bei Hinzukommen des geheimen Sichvorstellens, daß die sichere Möglichkeit gegeben sei, durch nachfolgendes Nichtwollen den Rechtserfolg aufzuhalten, die Erklärung nichtig, sofern die Kenntnis des Vorbehalts seitens des Erklärungsempfängers erwiesen ist. Es soll nicht auf Grund eines augenblicklichen Affekts, auf Grund eines vielleicht nur ganz flüchtigen Nichtwollens, dessen sichere Kenntnis das Gesetz ganz offenbar nicht in den Bereich der Möglichkeit gezogen haben will, Nichtigkeit des nunmal Erklärten eintreten. Wer bloß ein Nichtwollen des Geschäftsgegners zu kennen glaubt, soll — das ergibt der Sinn des § 116 Abs. 2 — noch nicht mit der Nichtigkeit der Willenserklärung rechnen müssen, wohl aber derjenige, der einen bestimmten Gedankengang seines Gegners, eine bestimmte Meinung von ihm kennt, die dieser bei Abgabe seiner Erklärung hegt und die das in seiner Macht stehende Ungültigmachen der Erklärung zum Inhalt hat. Denn hier reicht dasjenige, was einmal durch die Erklärung selbst und dann durch das Bekanntgewordensein und so gleichsam Miterklärte für den Erklärungsempfänger offenbar geworden ist, aus, um von diesem verlangen zu können, daß von ihm das Geschäft für

[1]) vgl. Enneccerus, Lehrb. Bd. 1 § 53 I, 1a S. 113.

zustande gekommen gehalten werde. Aus diesen Ausführungen erhellt, daß eine analoge Ausdehnung des § 116 Abs. 2 auf die Fälle einfachen Nichtwollens des Erklärten bei der Abgabe der Erklärung nicht angängig wäre.[1]) Es kommt daher das Eingreifen der Nichtigkeit nach § 116 Abs. 2 in die Fälle der durch Drohung erzwungenen Willenserklärung im Sinne des § 123 Abs. 1 nur für die seltenen Fälle in Frage, bei denen der Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, in der von uns festgelegten Bedeutung erscheint: in der Vorstellung, daß durch das Nichtwollen des Erklärten jederzeit die Möglichkeit gegeben sei, den Eintritt des Rechtserfolgs zu verhindern.

III.

Im ersten und zweiten Kapitel haben wir Fälle kennen gelernt, in denen die Anwendbarkeit von Paragraphen, die beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Nichtigkeit anordnen, festgesetzt wurde, obgleich die Voraussetzungen für die Anfechtung wegen Drohung gegeben waren. Nicht dagegen wurde entschieden, ob, wiewohl der Paragraph, der Nichtigkeit vorschreibt, Anwendung findet, die Anfechtung wegen Drohung möglich sei.

Bisher ist fast einstimmig angenommen worden, daß wenn das Gesetz eine Willenserklärung für nichtig erklärt, diese nicht mehr anfechtbar sein könne. Allerdings muß aus der häufig unbestimmten und etwas verschwommenen Ausdrucksweise der meisten Schriftsteller, die über das in Rede stehende Problem Bemerkungen gemacht haben, eine gewisse Unsicherheit herausgelesen werden.

Es seien hier einige Zitate gegeben, die zeigen sollen, wie eilig unsere Frage bisher in dem Sinne beantwortet worden ist, daß neben Nichtigkeit Anfechtbarkeit nicht möglich sei. Riezler meint, daß, was nichtig sei, nicht erst angefochten zu werden brauche. Treffe also § 138 zu, so sei, meint Riezler, der Anfechtung der Boden entzogen, weil der stärkere Grad der Unwirksamkeit eintrete.[2]) In der ersteren Bemerkung Riezlers

[1]) Henle a. a. O. will die Analogie auf Grund der Erwägung abgelehnt sehen, daß § 116 Abs. 2 sich als Abweichung von einer in den Bestimmungen des BGB. über die juristische Willenserklärung angewandten Theorie (einer „Vollzugstheorie") erweise. Mit dem Nachweis der Abweichung einer gesetzlichen Vorschrift von einer unterstellten Theorie kann aber m. E. die analoge Anwendbarkeit der Vorschrift nicht zurückgewiesen werden; es müssen vielmehr innere Gründe dafür sprechen: indem dem abweichenden Fall eine die Abweichung begründende Besonderheit innewohnt, die, da der analog anzuwendende Fall diese Besonderheit nicht aufweist, den Analogieschluß verbietet.

[2]) Staudinger-Riezler Bd. 1 S. 477.

liegt ja wohl noch nicht eine entschiedene Ablehnung der Anfechtungsmöglichkeit, da eigentlich nur von einer Unzweckmäßigkeit der Anfechtung im Falle der Nichtigkeit die Rede ist. In dem zweiten Satz aber wird direkt die Möglichkeit der Anfechtung verneint. Noch an anderer Stelle[1]) wird dies von Riezler ausgesprochen: „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Anfechtung ... setzen ein ... rechtsbeständiges ... nicht nichtiges Rechtsgeschäft voraus. Ist das Geschäft aber schon aus einem andern Grunde nichtig ... so läßt dieser stärkere Grad der Fehlerhaftigkeit die Frage nach der ... Fehlerhaftigkeit schwächeren Grades gar nicht aufkommen. Was ohnehin nichtig ist, braucht nicht wegen Irrtums angefochten zu werden und kann es nicht". Bei Planck[2]) heißt es: „... dann ist nichtig und eine Anfechtung weder nötig noch möglich". Hier wird klar die Unmöglichkeit der Anfechtung im Falle der Nichtigkeit behauptet. An anderer Stelle[3]) findet sich über unsere Frage eine unklarere, ja geradezu widerspruchsvolle Behauptung Plancks: „... eine nichtige Willenserklärung kann nicht mehr angefochten werden; die Anfechtung ist wenigstens ohne rechtliche Bedeutung". Hier leugnet Planck zuerst überhaupt die Möglichkeit der Anfechtung; dann hält er (indirekt) die Möglichkeit als im Sinne dieses Gesetzes gerechtfertigt und glaubt nur, daß keine weiteren rechtlichen Konsequenzen aus einer solchen Anfechtung entsprängen. Hieraus aber könnte man folgern, daß Planck gegen die Anfechtung nichts einzuwenden hätte, wenn sie von rechtlicher Bedeutung sein könnte. Die Ausdrucksweise Plancks zeigt jedenfalls, wie wenig entschieden er für eine Ablehnung der Anfechtungsmöglichkeit eintreten zu können glaubt. Dagegen treten, ohne irgendwelche Bedenken zu äußern, besonders v. Blume[4]) und Oertmann[5]) für eine Ablehnung ein. v. Blume entscheidet deutlich: „nichtige Geschäfte können nicht anfechtbar sein": Oertmann: „... der schärfer wirkende Ungültigkeitsgrund absorbiert den minder starken". Unscharf drückt dich Angeloff[6]) aus: „... die Nichtigkeit als das stärkere Mittel, dessen sich die Rechtsordnung zur Bekämpfung der ihr zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte bedient, schließt die Anfechtbarkeit in sich und macht sie überflüssig". Kann man hiernach anfechten oder kann man es nicht? Ist die Anfechtung bloß überflüssig oder nicht möglich?

[1]) a. a. O. S. 466.
[2]) Planck, Komm. Bd. 1 3. Aufl. S. 222.
[3]) Planck, Festg. S. 166.
[4]) a. a. O. S. 258.
[5]) Oertmann a. a. O. S. 388.
[6]) a. a. O. S. 18.

Aus den angeführten Stellen geht wohl mit Deutlichkeit hervor, daß zwar einige Schriftsteller für die Ablehnung der Anfechtung kategorisch eintreten, daß aber eigentlich kein einziger in entschiedener Weise ihre Zulässigkeit verteidigt. Die Gründe hierfür werden aus späteren Erörterungen sich ergeben.

Erst neuerdings ist von Kipp in seiner Abhandlung „Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit“ [1]) energisch die Möglichkeit der Anfechtung in Fällen der Nichtigkeit gefordert worden. Hiergegen hat sich Henle gewandt, jedoch, wie wir glauben, ohne die Kippsche Lehre ins Wanken bringen zu können. Diese, der wir im wesentlichen zustimmen, soll zunächst wiedergegeben werden.

Kipps höchst wichtigen Ausgangspunkt bildet die Annahme, daß alles Recht imperativen Charakter habe. Kipp behauptet, es sei ein Gemeinwille, der in den Regeln des Rechts zum Ausdruck komme, ein auf der allgemeinen Anerkennung der Rechtsgenossen beruhender Gesamtwille betätige sich in Geboten und Erlaubniserteilungen.[2])

Hieran schließt sich die Frage, ob und in welcher Weise die Entscheidung des Richters (auf diese kommt es doch in letzter Linie an) sich nach dem materiellen Recht zu richten hat; ob überhaupt Imperative im materiellen Recht vorhanden sind, die sich an den Richter wenden, und ob der Inhalt dieser Imperative die Herbeiführung von Entscheidungen im Sinne der Gebote [3]) an die Rechtsuntertanen bildet. Denn wenn dies der Fall ist, muß die materielle Vorschrift als die einzige rechtlich zulässige Grundlage für die richterliche Entscheidung im einzelnen Fall angesehen werden, und es könnte ein Widerspruch zwischen der Begründung einer Rechtsfolgerung im Prozeß und einer Rechtsfolgerung im materiellen Recht nicht geduldet werden. Daß solche Widersprüche in der Tat nicht allzuselten vorkommen, soll später an einigen Beispielen demonstriert werden. Zuvor soll gezeigt werden, daß sie nicht vorkommen dürfen.

Das Privatrecht enthält nicht nur Gebote an die Rechts-

[1]) In der Festschr. f. Martitz.

[2]) Kipp selbst sagt: „Imperative und Befreiungen von solchen“. Aus später zu zeigenden Gründen ziehen wir die Bezeichnung: „Erlaubniserteilung“ vor. Es sei hier bemerkt, daß wir bei der Darlegung der Kippschen Lehre im Aufbau und auch in manchem Ausdruck von der Darstellung Kipps abweichen.

[3]) Ich werde im folgenden häufig (der Einfachheit der Darstellung wegen) entweder bloß von „Geboten“, „Imperativen“ oder von „Erlaubniserteilungen“ reden, obwohl, was den Zusammenhang wohl immer ergibt, das Gesagte für beide Begriffe zutrifft.

untertanen, sondern solche auch an die Staatsorgane. Überall, wo das Privatrecht dem einzelnen eine Rechtspflicht auferlegt, geht dem unausgesprochen zur Seite das Gebot an den Richter, auf Anruf in dem Sinne zu erteilen, wie es der privatrechtlichen Verpflichtung entspricht. Ist jemand nach § 823 Abs. 1 verpflichtet, wegen Verletzung des Eigentums Schadensersatz zu leisten, so ist der Richter verpflichtet, den Delinquenten zur Leistung von Schadensersatz zu verurteilen. Ist der Käufer verpflichtet, Zug um Zug den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, so ist der Richter verpflichtet, den Käufer als Beklagten zu der Leistung des Kaufpreises Zug um Zug zu verurteilen. Ebenso ist es im Strafrecht, wo nicht nur der Verbrecher eine Strafe erleiden soll auf Grund des entsprechenden Paragraphen, sondern auch der Richter gehalten ist, die betreffende Strafe zu verhängen. Diese Rechtssätze bezeichnet man neuerdings nach dem Vorbilde von James Goldschmidt[1]) als „Justizrecht". Das Justizrecht ist also nicht ein gesondert geregeltes Recht; es ist vielmehr eine Begleiterscheinung des Rechts, das sich an die Rechtsuntertanen in Befehlen richtet. Es wäre überflüssig, dem Justizrecht irgendwie einen besonderen Ausdruck zu geben, da seine Sätze sich mit unzweifelhafter Regelmäßigkeit aus den an die Privatpersonen sich richtenden Befehlen ergeben.

Diese Ausführungen zeigen uns, daß die Gründe, die die Entscheidungen des Richters rechtfertigen sollen, nicht außerhalb der Motive stehen dürfen, die zu den Geboten an die Rechtsuntertanen geführt haben. Daß gegen diese Notwendigkeit in der tatsächlichen Rechtshandhabung nicht allzuselten verstoßen wird, wurde schon angedeutet und soll jetzt an einigen Beispielen erläutert werden. So ist es im Prozeß längst anerkannt, man könne sein Eigentum auf zwei zeitlich hintereinanderliegende Gründe in der Art stützen, daß es zum Siege genügt, wenn nur der eine bewiesen wird, mag es der zeitlich frühere oder der zeitlich spätere sein.[2]) Es kommen recht häufig Urteile folgenden Inhalts vor: es könne dahingestellt bleiben, ob ich das Eigentum durch Einigung und Übergabe erworben habe, jedenfalls habe ich die Sache bereits seit zehn Jahren, und mein guter Glaube sei nicht (oder ohne Erfolg) bestritten; folglich sei ich aus diesem Grunde Eigentümer geworden. Ganz im Widerspruch hierzu steht die verbreitete Auffassung, daß jemand, in dessen Person ein Eigentumserwerbsgrund vorliege, nicht

[1]) Goldschmidt, Materielles Justizrecht 1905, in der Festg. für Hübler S. 85ff.

[2]) Kipp, Festschr. S. 222.

noch auf Grund einer später entstehenden Tatsache Eigentum erwerben könne. Es heißt dann immer: wer Eigentum an einer Sache hat, kann an derselben Sache nicht noch Eigentum erwerben. Den Umstand also, in dem hier ein Widerspruch gesehen wird, empfindet man im Prozeß offenbar als ungeeignet, einen Widerspruch zu bilden. Daß eine solche Auffassung aber nicht möglich ist, haben wir oben gezeigt, wo die Notwendigkeit der vollkommenen Harmonie zwischen Privat- und Justitzrecht dargetan wurde. Es wäre hiernach unerklärlich, warum die Verwertung des zweiten Eigentumserwerbsgrundes im Prozeß möglich sein sollte, wenn nicht auch das materielle Recht den zweiten Grund für den Fall respektierte, daß der erste bereits vorliegt.[1]) Noch ein weiteres Beispiel sei hier gegeben. Es kann, wie man allgemein annimmt, der Inhalt eines richterlichen Urteils sein; es könne dahingestellt bleiben, ob die behauptete Zahlung erfolgt sei, jedenfalls sei der Anspruch verjährt, und der Beklagte könne deshalb mit Recht, wie er getan, die Erfüllung verweigern.[2]) Ein derartiges Urteil dürfte aber, wie wir gesehen haben, nur ergehen, wenn man auch privatrechtlich anerkennt, daß die Einrede der Verjährung und das Erlöschen des Anspruchs durch Erfüllung in ihren Wirkungen einander nicht ausschließen. Ist es aber nicht ein Widerspruch, wenn man, obwohl das Recht sagt, daß Ansprüche durch Erfüllung erlöschen, noch nach der Erfüllung den (doch durch Erfüllung erloschenen) Anspruch mit der Folge der Entstehung einer Einrede verjähren läßt? Es muß der Nachweis erbracht werden, daß bei richtiger Auffassung des materiellen Rechtserfolges, ohne innerhalb dieses eine widerspruchsvolle Behauptung aufzustellen, völlige Harmonie mit dem justitzrechtlichen Rechtserfolg sich zeigt.

Was ist ein Rechtserfolg? Es muß hier wiederholt werden, daß das Recht eine Ausschließlichkeit von Geboten und Erlaubniserteilungen ist und daß der tatsächliche Vorgang, die Tatsache, das ist, auf Grund dessen geboten und Erlaubnis erteilt wird. Nun sind die Vorgänge, auf Grund deren das Gesetz Gebote und Erlaubniserteilungen zum Ausdruck bringt, keineswegs tatsächliche Vorgänge; es sind vielmehr bloß hypothetische Tatsachen.[3]) Ist in der Wirklichkeit eine solche vom Gesetz bloß hypothetisch hingestellte Tatsache gegeben, dann werden die Gebote und Erlaubniserteilungen, die zuvor nur in Vor-

[1]) a. a. O.
[2]) a. a. O. S. 223.
[3]) a. a. O. S. 219, 220.

stelltes eingriffen, an der realen Tatsache zum real wirkenden Willensausdruck; diese (und nichts anderes) ist der Rechtserfolg. Ein Rechtserfolg liegt darnach vor, wenn das „Du sollst", das für den Fall des realen Eintritts von bestimmten (vorgestellten) Tatsachen existierte, beim wirklichen Eintritt der Tatsachen, noch bestehend, konkret wird. Wenn also das Recht sagt, daß Ansprüche durch Erfüllung erlöschen, so bedeutet das Erlöschen eines Anspruches im realen Fall den Befehl: A soll von seiner Schuld befreit sein (und der Gläubiger soll nicht mehr fordern dürfen), weil Erfüllung vorliegt. Die Tatsache der Erfüllung ist das Motiv dafür, daß der geschilderte Befehl ergeht. Wenn das Gesetz sagt, daß ein gewisser Anspruch in einer gewissen Zeit verjähre, so bedeutet die Verjährung eines Anspruchs im realen Fall: A soll B gegenüber die Zahlung einer bestimmten Summe verweigern dürfen; der Ablauf einer bestimmten Zeit (ohne Geltendmachung des Anspruchs) bildet das Motiv für die Erlaubniserteilung. In dieser Auflösung der Rechtsnorm (in ihrer Beziehung zur Tatsache) liegt die Lösung des weiter oben hingestellten Widerspruchs. Es war dort gefragt worden, ob die materiellrechtlichen Bestimmungen, einmal, daß Ansprüche durch Erfüllung erlöschen, und außerdem, daß nach bestimmtem Zeitablauf (ohne Geltendmachung des Anspruchs) der Anspruch verjähre, nebeneinander Anwendung finden könnten, auch wenn die Verjährungszeit erst nach dem Erlöschen des Anspruchs abgelaufen wäre. Es war die Frage gestellt worden, ob es nicht ein Widerspruch und daher eine logische Unmöglichkeit sei, wenn man, wiewohl das Recht sagt, daß Ansprüche durch Erfüllung erlöschen, noch nach der Erfüllung den (doch durch die Erfüllung erloschenen) Anspruch verjähren läßt. Die Antwort muß jetzt dahin lauten, daß eine solche Annahme allerdings einen heftigen Verstoß gegen die Logik bedeute. Es sei daher bei dieser Auffassung, nach der das Erlöschen eines Anspruchs sich mechanisch wie das Erlöschen eines Lichtes vollziehe, und ebenso rein mechanisch das Eintreten eines Verjährungszustandes gedacht sei, ein Nebeneinanderbestehen des Einwands der Zahlung und der (später entstandenen) Einrede der Verjährung nicht möglich. Dies habe aber zur Folge, daß auch justizrechtlich, d. h. im Prozesse, die Geltendmachung der Einrede neben dem Einwand unmöglich sei, da das Justizrecht, wie wir gezeigt haben, mit dem Privatrecht in vollkommenem Einklang stehen müsse. Hieraus aber ergebe sich die weitere Folge, daß der Richter die Einrede der Verjährung erst berücksichtigen könne, wenn feststehe, daß die behauptete Zahlung nicht erfolgt sei, (was höchst unvernünftig wäre!). Nach unserer Auffassung über

die Bedeutung der Rechtsvorschriften kommt man nicht zu diesem unvernünftigen Schluß, da die beiden Rechtsfolgen, die in der materiellrechtlichen Sphäre nebeneinander stehen, bei unserer Auffassung in ihrem Nebeneinanderstehen keinen Widerspruch bilden und daher, im Privatrecht möglich, auch im Justitzrecht ihren Platz nebeneinander finden. Es ist nämlich kein Widerspruch gegeben, wenn ich, nachdem ich aus einem bestimmten Grunde erklärt habe, daß A nicht mehr dem B verpflichtet sein solle, später aus einem andern Grunde erkläre, daß A dem B gegenüber (wenn dieser fordern sollte) die Zahlung verweigern dürfe. Obwohl zwar die letztere Erlaubniserteilung mit der ersteren inhaltlich übereinstimmt, so ist es doch keineswegs logisch unmöglich, daß ich zweimal inhaltlich gleiche Erlaubniserteilung aus jedesmal anderen Motiven vornehme. Es mag auf den ersten Blick die zweite Erlaubniserteilung als ein durchaus überflüssiger Akt erscheinen; jedoch schon die bei unserer Auffassung vorhandene (oben besprochene) Möglichkeit des Richters, die Einrede der Verjährung justizrechtich zu berücksichtigen, wenn auch nicht feststeht, ob die behauptete Zahlung erfolgt sei, beweist, daß die zweite Erlaubniserteilung keineswegs überflüssig ist.

In der gleichen Weise ergibt sich die Möglichkeit des Nebeneinandergeltens von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit desselben Rechtsgeschäfts. Es wurde zu Beginn dieser Ausführungen schon bemerkt, daß allgemein angenommen wird, ein nichtiges Rechtsgeschäft könne nicht angefochten werden. Im Prozeß wird auch hier wohl gegen eine Geltendmachung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit desselben Rechtsgeschäfts nichts eingewendet und es wird hierbei nicht der Fehler gesehen, der in dem Klaffen zwischen Justiz- und Privatrecht liegt. Es wird zugegeben, daß der Richter etwa dahin erkennen könne, die Klage werde abgewiesen, weil der Anspruch des Klägers jedenfalls nicht bestehe; es könne dahingestellt bleiben, ob der Beklagte bei Abschluß des grundlegenden Vertrags geisteskrank gewesen sei, jedenfalls sei er durch arglistige Täuschung zu dem Geschäft bestimmt worden und die Anfechtung sei rechtzeitig erfolgt; somit sei auf jeden Fall das grundlegende Geschäft als nichtig anzusehen.[1]) Diese Entscheidung können die Anhänger der hier bekämpften Ansicht nicht rechtfertigen; denn es könnte doch der Richter die Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs nicht auf die Anfechtung stützen, wenn er nicht zuvor festgestellt hat, daß die Anfechtung privatrechtlich möglich war.

[1]) a. a. O. S. 225/226.

Diese privatrechtliche Möglichkeit der Anfechtung kann aber nach der gegnerischen Ansicht nicht festgestellt werden, solange es zweifelhaft ist, ob das Geschäft wegen Geisteskrankheit eines Beteiligten nichtig ist. Die Anfechtung könnte erst in Betracht gezogen werden, wenn die Geistesgesundheit feststünde. Dies würde aber ein sehr unvernünftiges Resultat sein; denn es wäre, obwohl nicht nur ein Grund für die Vernichtung des Geschäfts vorliegt, der, seiner Qualität entsprechend, die Nichtigkeit erst nach erfolgter Anfechtung rechtfertigen kann, sondern noch ein weiterer, stärkerer Grund in Frage kommt, der die direkte Vernichtung des Geschäfts rechtfertigen könnte, nicht einmal die schwächere Vernichtung zugelassen. Nach der hier vertretenen Ansicht jedoch kommt man nicht zu diesem unvernünftigen Resultat, denn nach unserer Auffassung ist das Geschäft privatrechtlich wegen Geisteskrankheit eines Vertragsschließenden und wegen Betrugs mit Anfechtung nichtig, was oben aus der imperativen Natur der Rechtsvorschriften heraus in seiner logischen Möglichkeit begründet wurde. So kann nach unserer Ansicht der Richter den Kläger abweisen aus dem einen wie aus dem andern Grunde, je nach dem, welcher am ehesten festgestellt werden kann; dies zu tun aber ist dem Richter erlaubt, ohne daß die Harmonie zwischen Justiz- und Privatrecht gestört würde.

Auch im Privatrecht ist die Frage, ob, wenngleich die Gründe für die Nichtigkeit gegeben sind, auch angefochten werden kann, in manchen Fällen von großer Bedeutung.[1]) § 142 Abs. 2 BGB. lautet:

> „Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kannte oder hätte kennen müssen".

Beispiel: Jemand hat von einem Minderjährigen eine Sache gekauft und übergeben erhalten, nachdem er zu beidem den Minderjährigen durch Betrug bestimmt hat; der gesetzliche Vertreter verweigert die Genehmigung, und sodann veräußert der Empfänger die Sache an einen Dritten. Der Dritte kennt zwar den Betrug, aber nicht die Minderjährigkeit des ersten Verkäufers und nicht die Verweigerung der Genehmigung. So glaubt er von dem Eigentümer zu kaufen. Denn wenn er den Betrug kannte, so nahm er zwar an, daß das Eigentum seines Rechtsurhebers anfechtbar war, aber er nahm doch an und durfte annehmen, daß es bestand. Er würde als bösgläubig zu

[1]) a. a. O. S. 226/27.

behandeln sein, wenn die Anfechtung erfolgte, und zwar nur, wenn sie gültig erfolgte. Nach der hier bekämpften Ansicht könnte aber die Anfechtung nicht erfolgen, weil das Geschäft ohnehin nichtig wäre. Diese Nichtigkeit jedoch hat der Dritte nicht gekannt. Folglich müßte die Gegenansicht zu dem unannehmbaren Ergebnis kommen, daß der Erwerber Eigentümer ist und bleibt.[1]) Dies Beispiel zeigt von neuem, wie sehr wertvoll die von uns begründete Ansicht ist, nach der die Nichtigkeit kein Hindernis für die Anfechtbarkeit bildet.

Dieser Ansicht tritt, wie schon erwähnt, Henle in seiner Schrift „Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung" (S. 30ff.) entgegen. Henle stellt zunächst fest, daß man aus der Kippschen Lehre zwei Ansichten entnehmen könne, die verborgen nebeneinander lägen.[2]) Man könne die Lehre dahin verstehen, daß der Eintritt derselben Rechtswirkung aus mehreren Gründen möglich sei. Man könne sie aber auch darüber hinaus dahin auffassen, daß dieselbe Rechtswirkung mehrmals eintreten könne: daß die Mehrheit nicht nur auf den Grund der Rechtswirkung, sondern auch auf die Rechtswirkung selbst zu beziehen sei. Es kann in der Tat nicht geleugnet werden, daß Kipp zu einer solchen Auslegung durch eine Wechseln unterliegende Ausdrucksweise Veranlassung gibt. So scheint es wirklich, als ob er ganz allgemein lehren wolle, daß dieselbe Rechtswirkung aus mehreren Gründen eintreten könne, sie aber dennoch immer nur eine Rechtswirkung bleibe; wenn er z. B. sagt: es sei „gegen doppelte Begründung derselben Rechtsfolge" nichts einzuwenden; es habe gar kein Bedenken, daß „zwei Gründe desselben Rechtsgebots miteinander

---

[1]) a. a. O. Henle bestreitet, daß, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht anfechtbar sei, der Glaube des Erwerbers an die Anfechtbarkeit nicht durch Anfechtung im Sinne von § 142 Abs. 2 BGB. zu einem „bösen Glauben" gemacht werden könne. Henle meint, es könne eine Anfechtung gegen den „zugunsten des gutgläubigen Dritten vorhandenen Reflex anfechtbaren Eigentums" gerichtet werden (S. 37). Dies ist aber m. E. nicht möglich. Daß das Eigentum, dessen Existenz der gutgläubige Erwerber annimmt, ihm als anfechtbar erscheint, wäre für den gutgläubigen Erwerb nur dann von Bedeutung, wenn eine Anfechtbarkeit wirklich bestünde (§ 142 Abs. 2). So aber wird kein anfechtbares Eigentum gutgläubig erworben, sondern in der Tat reines Eigentum. Denn nur der Glaube an dieses, nicht der an eine Anfechtbarkeit, kommt für den Erwerb in Betracht. Es kann daher die geglaubte Anfechtbarkeit, da sie nicht bei dem Glauben, der den Erwerb ermöglichte, in Betracht kommt, nicht plötzlich eine Anfechtungsmöglichkeit zuungunsten des Erwerbers darstellen. Es wäre auch sehr merkwürdig, wenn die bloße Vorstellung einer in Wirklichkeit nicht existierenden Anfechtbarkeit eine Anfechtung zulässig machte!

[2]) a. a. O. S. 31.

konkurrieren“ (S. 220); es träten „mehrere Gründe derselben schuldrechtlichen Verpflichtung“, „mehrere Gründe meines Eigentums“ nacheinander ein; es handele sich bei der Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit um „Mehrheit von Gründen für die Nichtexistenz einer Verbindlichkeit“. Mit Recht sagt Henle (S. 34), daß wenn für Kipp die Doppelwirkungen beim Negieren einer Rechtsfolge nur in der Mehrheit der Gründe bestünden, von da aus keine Brücke zu dem Nebeneinander von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, wobei es sich ja gerade um die Wirkungen handele, zu schlagen sei. Diese Ansicht komme bei Kipp z. B. in der Überschrift „Über Doppelwirkungen“ zum Ausdruck; ferner spreche Kipp nicht nur von „mehreren Gründen derselben schuldrechtlichen Verpflichtung“, sondern auch von „mehreren Verpflichtungen“, und nicht nur von „mehreren Gründen des Eigentums“, sondern auch davon, daß „jemand, der Eigentümer ist, zum Eigentümer gemacht werden könne“ (S. 221), so daß „der erste Grund die Wirkung des zweiten“ nicht ausschließt (S. 223).

Es scheint mir weniger bedauerlich zu sein, daß Kipp seine wertvolle Lehre durch eine nicht endgültige Begriffsklärung bei der Beantwortung der Frage nach der Quantität der „Rechtswirkungen“ Angriffen ausgesetzt hat, als vielmehr, daß er nicht scharf zwischen den Begriffen des Genetisch-Kausalen und des Systematisch-Logischen trennt. Es handelt sich hier um die Betrachtung des Werdens, Entstehens oder Vergehens von Gegenständen, gegenüber der Betrachtung der Rechtfertigung menschlichen Wirkens, um die beiden scharf auseinander zu haltenden Begriffsgruppen: Ursache — Wirkung und Grund — Folgerung. Es ist entschieden irreführend, wenn Kipp bei der Besprechung zeitlich nacheinander eintretender Eigentumserwerbsgründe sagt, daß „der erste Grund die Wirkung des zweiten“ nicht ausschließe. Ein „Grund“ hat keine „Wirkung“. Nur „Ursachen“ haben „Wirkungen“. Diese ungenaue Ausdrucksweise Kipps hat es denn wohl auch mit verschuldet, daß Henle die logische Richtigkeit der Kippschen Grundidee nicht sah. Das Durcheinanderwerfen getrennter Begriffsgruppen verführt leicht dazu, einem Objekt der Begriffe Fehlerhaftigkeit vorzuwerfen. So wird leicht die Auffassung der Rechtsnormen als Imperative und Erlaubniserteilungen fehlerhaft erscheinen, wenn man sie als „Wirkungen“ von „Gründen“ bezeichnen zu müssen glaubt. Es wird der Anschein erweckt, als sei die Rechtsordnung und mit ihr der Rechtseffekt etwas Mechanisches und nicht jenes Dynamische, das in der Ausschließlichkeit von Geboten und Erlaubniserteilungen (Willensausdrücken) liegt. Von

großer Bedeutung aber ist es, daß die „Rechtswirkung“ als nichts anderes denn als reiner Willensausdruck aufgefaßt wird.

Gerade bei der Frage, ob inhaltlich gleiche „Rechtswirkungen“ mehrmals auftreten können, ist die Frage nach der Bedeutung des Begriffs „Rechtswirkung“ doch das Wesentliche. Wir sahen, daß Kipp die „Rechtswirkung“ als Unbedingtwerden von Imperativen oder Befreiung von solchen auffaßt. Hieraus folgert Henle mit Recht: „Soll also eine Mehrheit von Rechtswirkungen vorliegen, so muß derselbe Imperativ oder dieselbe Befreiuung von einem solchen mehrfach ergehen.“ Daran jedoch schließt Henle die Frage: „Wie kann aber derselbe Befehl zweimal ergehen?“ Hier muß man m. E. unterscheiden, ob der Befehl als zweimal zu gleicher Zeit oder nacheinander ergehend angesehen werden soll. Daß es nicht unlogisch ist, wenn man annimmt, es können zweimal nacheinander verschieden motivierte Befehle desselben Inhalts ergehen, muß Henle zugeben. Zur gleichen Zeit allerdings kann nur ein einziger Befehl ergehen; dieser kann aber eine infolge der Gleichzeitigkeit entstandene Verschmelzung verschiedener auf verschiedenen Motiven beruhender Befehl sein, was äußerlich etwa an der besonderen Stärke des Ausdrucks erkennbar sein kann. Dies übersieht Henle wohl, indem er sagt: „Entweder soll ein Rechtsgenosse sich in bestimmter Weise verhalten, oder er soll es nicht; aber er kann es nicht mehrmals sollen.“ „Ein Soldat im Gliede soll entweder Kehrt machen, oder er soll es nicht; aber er kann nicht mehrmals zugleich kehrtmachen sollen.“ Es wird hier von Henle leider das Nacheinander von Befehlen desselben Inhalts und das zugleich nicht getrennt behandelt. Es muß aber angenommen werden, daß er die logische Möglichkeit des Nacheinanders desselben Befehls nicht leugnen will, daß ich jemandem zweimal nacheinander befehlen kann, daß er einmal Kehrt machen soll. Hat er den Befehl schon beim ersten Anspruch befolgt, so mag der zweite Befehl vielleicht überflüssig sein, unlogisch, d. h. logisch unmöglich ist er nicht. Bei Gleichzeitigkeit desselben Befehls kann der Befehl zwar nur einmal ergehen; es kann dieser eine Befehl aber sehr wohl, wie wir sahen, eine infolge der Gleichzeitigkeit bewirkte Verschmelzung zweier Befehle aus zwei verschiedenen Paragraphen sein. Dann sind zwar infolge der Gleichzeitigkeit des Ertönens die beiden Befehle in einen einzigen aufgegangen, die Getrenntheit der verschiedenen Gründe jedoch, die die beiden Befehle rechtfertigen, bleibt bestehen.[1])

[1]) Solche Fälle der Gleichzeitigkeit von Befehlen liegen denn auch fast immer vor, wenn Kipp bloß Wert auf die Mehrheit von Gründen legt. Hätte Kipp unsere Zerlegung des einheitlichen Befehls vorgenommen, so wäre ihm Henle gewiß nicht in diesem Punkt entgegengetreten.

Wenn wir oben Henle Recht gaben, als er sagte, daß von einer Mehrheit bloß der Gründe für denselben Rechtserfolg keine Brücke zu dem Nebeneinander von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu schlagen sei, so geschah dies, weil wier hierbei ein Nacheinander desselben Befehls erkannten; der (später noch näher zu definierende) Nichtigkeitsbefehl, der auf Grund der Anfechtung ergeht, ergeht erst nach dem Nichtigkeitsbefehl, der zugleich mit dem Anfechtbarkeitsbefehl[1]) ergeht. Obwohl nun bei Gleichzeitigkeit von zwei Nichtigkeitsbefehlen (die in zwei Paragraphen als die Folgeruug aus verschiedenen Gründen ausgedrückt sind), nur ein einheitlicher aus den zwei Befehlen geschmolzener Befehl als real existierend betrachtet werden kann, so kann doch jeder Grund (ohne Nachweis des anderen) jederzeit für den ihm entsprechenden Nichtigkeitsbefehl vorgebracht werden. Wenn es im einzelnen Fall auch zweifelhaft ist, ob der eine Grund gegeben ist, so kann doch, sofern der andere Grund feststeht, dieser zur Rechtfertigung des einen Nichtigkeitsbefehls geltend gemacht werden: denn dieser Befehl würde keinen Widerspruch mit dem Resultat bilden, das sich ergäbe, wenn der andere Grund feststünde. Indem nun Henle immer wieder betont, daß zwei getrennte Befehle gleichen Inhalts nicht zu gleicher Zeit als von demselben Subjekt ausgehend gedacht werden können, hat er zwar Recht, aber nichts gegen den Sinn der Kippschen Lehre gesagt. So sagt er nichts gegen sie, wenn er die Gleichzeitigkeit zweier Befreiuungen von Imperativen gleichen Inhalts in ihrer Möglichkeit bestreitet. Wohl aber schleicht sich hier bei ihm ein Gedanke ein, an dem Kipp mir nicht ganz unschuldig zu sein scheint. Henle[2]) sagt: „Das ‚Stillgestanden!' kann durch ein ‚Rührt Euch!' beendet werden oder es kann fortdauern; aber es kann nicht mehrmals zugleich beendet sein. Ebenso ... bei der Negierung einer Rechtsfolgerung. Eine Verbindlichkeit kann existieren, oder sie kann nicht existieren; aber sie kann nicht mehrmals nichtexistieren. Wenn ein angetrunkener Musketier aus der Front heraustritt und ‚Präsentiert das Gewehr!' kommandiert, so existiert ein Präsentierensollen nicht. Wenn er statt dessen: ‚Ohren rückwärts rollt!' kommandiert, so existiert ein Rollensollen ebenfalls nicht; aber in letzterem Falle liegt kein doppeltes Nichtexistieren vor, eines, wegen Mangels an Befehlsgewalt und eines wegen Unmöglichkeit des Anbefohlenen, sondern es

[1]) Es wird sich herausstellen, daß es eher Erlaubniserteilungen sind, auf die jedoch dasselbe zutrifft wie auf Befehle.

[2]) a. a. O. S. 35.

besteht nur ein einziges Nichtrollensollen". Hier wird ganz offenbar Gleichzeitigkeit, bei der auch wir keine äußerliche Mehrheit annehmen, und Nacheinander zweier Befehle durcheinander geworfen. Der Gedanke aber, der sich hier eingeschlichen hat, ist der, daß die Rechtsnorm nicht mehr als reiner Willenausdruck (auf Grund bestimmter Tatsachen sich offenbarend) gedacht ist, sondern als ein einen bestimmten Erfolg herbeiführender Vorgang. Es wird davon geredet, daß ein „Stillgestanden!" durch ein „Rührt Euch!" beendet werde, was, auch wenn es nacheinander geschehe, nicht zweimal geschehen könne. Gewiß kann das „Stillgestanden", wenn es „beendet" ist, nicht nochmals „beendet" werden. Aber ist, wenn ein Befehl (Rührt Euch!) ergeht, begrifflich damit auch schon der Eintritt des Befohlenen gegeben? Wenn auch in der Wirklichkeit bei den militärischen Befehlen das Befohlene mit besonderer Regelmäßigkeit eintritt, so kann uns dies Beispiel doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Befohlene keineswegs sich zu dem Befehl verhält wie eine reine Ursache zu ihrer mechanisch eintretenden Wirkung im Werden der Natur. Zu dem Henleschen Irrtum verführt allerdings sehr leicht die Kippsche Bezeichnung „Befreiung von Imperativen". Hier liegt sogar der Verdacht nahe, daß Kipp selbst die Rechtsvorschrift nicht ganz rein als Willensausdruck (Gebote und Erlaubniserteilungen) aufgefaßt hat; denn eine „Befreiung von Imperativen" ist dem Wortlaut nach kein Willensausdruck, sondern das Geschehen der Veränderung eines Gegenüber. Dieser Verdacht wird noch dadurch bestärkt, daß Kipp von einer Mehrheit von Gründen für die „Nichtexistenz einer Verbindlichkeit" (S. 225) spricht. So kommt wohl Henle dazu, ebenfalls von einem „Nichtexistieren einer Verbindlichkeit zu reden, das (darin hat er recht) nicht mehrmals bei derselben Verbindlichkeit vorkommen kann. Dasselbe Geschehen der Veränderung eines Gegenüber kann nur einmal bei demselben Gegenüber eintreten. Es handelt sich aber bei der Rechtsvorschrift nicht um ein solches Geschehen, sondern bloß um den Ausdruck eines Willens, um Gebote und Erlaubniserteilungen. Es wäre daher richtiger, von einem Befreitseinsollen von Imparativen zu sprechen; man könnte sagen: es ergeht auf Grund eines bestimmten Vorgangs der Befehl, daß A von dem Befehl, zahlen zu sollen, befreit sein soll; es wird A die Erlaubnis erteilt, nicht zu zahlen. Eine solche Erlaubniserteilung ist aber nicht dasselbe wie die Herbeiführung der „Nichtexistenz einer Verbindlichkeit", wobei die Verbindlichkeit ganz offenbar wie ein „reales" Band gedacht ist, das durch Zerschneiden nicht existiert. Es besteht jedoch nur ein Befehl,

zu zahlen, der durch eine nachfolgende Erlaubniserteilung seine Bedeutung verliert. Eine solche Erlaubniserteilung kann aber sehr wohl mehrere Male nacheinander ergehen, ohne daß ein Widerspruch entstünde. Wenn aber in dem Nacheinander inhaltsgleicher Erlaubniserteilungen kein Widerspruch zu finden ist, so kann jede der beiden Tatbestände, auf die sich die Erlaubniserteilungen stützen, zum Beweis vorgebracht werden.

Diese Erschließung der logischen Möglichkeit, verschiedene nacheinander eingetretene Tatsachen zur Begründung derselben Rechtsfolgen geltend zu machen, ist von Kipp m. E. durch folgende Bemerkung etwas verdunkelt worden. Kipp sagt auf S. 222: „Es können zwei Gründe des Eigentumserwerbs sich zueinander gesellen, von denen keiner die Wirkung des andern stört. Jeder von beiden Gründen ist ein vom Rechte gewolltes ausreichendes Motiv für alle dritten Personen, sich der Störung des Eigentümers zu enthalten". Hiermit will Kipp beweisen (das geht aus dem Zusammenhang hervor), daß es logisch möglich sei, den Eigentumserwerb auf zwei nacheinander eingetretene Erwerbsgründe zu stützen. Diesen Beweis erbringt er aber nicht dadurch, daß er zeigt, es könne das parteiliche Verhalten von verschiedenen Motiven beeinflußt werden. Es ist doch gar nicht beweisbedürftig, ob das parteiliche Verhalten sich auf mehrere Gründe stützen könne; es soll vielmehr gezeigt werden, daß auf mehrere nacheinander eingetretene Tatsachen der Erlaß des Befehls, nach dem sich Dritte der Störung des Eigentümers enthalten sollen, gestützt werden kann. Dies ist nicht gezeigt, wenn man die allerdings richtige Tatsache behauptet, daß das Befolgen jenes Befehls aus verschiedenen Gründen möglich sei.[1])

Auf der oben besprochenen falschen Auffassung vom Charakter der Rechtsvorschriften beruht es auch, wenn Henle den Satz aufstellt, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sich nicht miteinander vertrügen. Hier ist es offenbar der Kippsche Ausdruck

[1]) Naheliegend, aber m. E. nicht richtig ist die Bemerkung Henles (S. 32), daß aus der zitierten Stelle des Kippschen Aufsatzes hervorginge, er stelle sich das Verhältnis der Tatsache zum rechtlichen Effekt als ein solches der Motivation von parteilichem Verhalten vor. Diese Annahme enthält doch die Behauptung, daß für Kipp der rechtliche Effekt das parteiliche Verhalten sei. Dies ist aber nicht der Fall. Henle übersieht offenbar, daß Kipp nicht einfach von einem „Motiv für alle dritten Personen", sondern von einem „vom Recht gewollten" Motiv spricht. Auch hiernach ist also der Rechtseffekt für Kipp ein Willensakt, nämlich der Befehl, es solle ein bestimmter Tatbestand Motiv sein für ein bestimmtes Handeln dritter Personen (womit ja noch nicht gesagt ist, daß er in der Tat Motiv ist). Es ist also auch hier als Rechtsnorm nur ein Befehl zu bestimmtem Handeln gedacht und als Rechtseffekt das Unbedingtwerden dieses Befehls, nicht aber das Handeln selbst und sein Konkretwerden.

„Befreiung von Imperativen", der Henle dazu verführt, eine Art der Rechtswirkung in der „Negierung eines Imperativs", in der „Nichtexistenz eines Sollens" zu sehen. „Wie kann ein Sollen zugleich nicht existieren und nur bedingt nicht existieren", fragt Henle und hält sich dabei an Kipps Bemerkung, daß die Anfechtbarkeit „eine bedingte Nichtigkeit"[1]) sei. Henle ist darin wieder recht zu geben, daß er in der Annahme eines Nichtexistierens und eines suspensiv bedingten Nichtexistierens, also eines resolutiv bedingten Gültigseins eine logisch unmögliche coincidentia oppositorum sieht. Handelt es sich aber wirklich bei den Rechtsvorschriften der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit um die Feststellung eines Nichtexistierens und eines bedingten Nichtexistierens? Aus dem bisher Dargelegten geht hervor, daß die Rechtsvorschrift als eine den Gemeinwillen in Form von Befehlen und Erlaubniserteilungen ausdrückende Institution gedacht werden muß, in der die Motive der Befehle und Erlaubniserteilungen in der Form von hypothetischen Tatsachen gezeigt werden — daß also bei Realisierung der Tatsache der Befehl oder die Erlaubniserteilung zwar nicht mehr ein hypothetisches, sondern ein reales Motiv hat —, aber doch immer Befehl oder Erlaubniserteilung bleibt; nicht jedoch bringt die Rechtsvorschrift Wirkungen zum Ausdruck, die jene Tatsachen infolge von Befehlen oder Erlaubniserteilungen haben.

Der Auffassung der Rechtsvorschrift als eines Imperativs ist allerdings entgegengetreten worden, besonders von Zitelmann,[2]) der bemerkt, daß in der Rechtsvorschrift nur ein „allgemeines hypothetisches Urteil" gefunden werde. „Das objektive Recht selbst aber ist nur eine Reihe von lauter hypothetischen Urteilen (wenn — so), also Istsätzen."[3]) Zitelmann führt hierüber weiter aus: „Jeder Rechtssatz lautet: ‚wenn ... so sollst Du'. Man hat für dieses ‚so sollst Du' — ich nenne diesen Teil die ‚Norm' — neuerdings Eigenschaft und Namen eines Imperativs in Anspruch genommen. Dadurch ist man notwendig zu Fehlschlüssen gelangt ... ‚Töte nicht!' ist ein Imperativ; ‚Du sollst nicht töten' ist ein Urteil, du ist Subjekt, sollst usw. ist Kopula und Prädikat, und dieses Urteil ist eine Aussage über eine bereits vorliegende Beziehung. Man kann sich von dem hier behaupteten Unterschied, der für alles weitere grundlegend ist, durch eine einfache Probe überzeugen. Man kann einem andern sagen: ‚Du sollst nicht ...' und würde sehr mißverstanden sein,

[1]) Kipp, Festg. S. 224.
[2]) Zitelmann, Irrtum und Recht S. 222.
[3]) a. a. O. S. 208.

wenn interpretiert würde: ‚Ich will, daß Du nicht . . .‘; im Gegenteil, ich will vielleicht gerade, daß der andere die Handlung begehe, und teile ihm nur mit, daß er sie zu unterlassen verpflichtet sei“. Was den Sprachgebrauch anlangt, so erscheint als besonders eigenwillig die Auffassung, daß „Du sollst nicht töten“, im Gegensatz zu „töte nicht!“ ein Urteil und kein Imperativ sei. Hierzu bemerkt Sigwart in der 2. Auflage seiner Logik[1]: „Der Imperativ ‚schweige!‘ drückt natürlich aus: ‚ich will, daß du schweigst!‘; aber er beabsichtigt direkt nicht, diese Tatsache mitzuteilen, sondern den Willen des Angeredeten zu bestimmen, er verlangt nicht Glauben an seine Wahrheit, sondern Gehorsam . . . Auch die Form ‚Du sollst!‘, in der solche Gebote wie im Dekalog auftreten, drückt zunächst nichts anderes aus . . . In ‚Du sollst!‘ liegt zunächst nichts anderes als im einfachen Imperativ, die Eröffnung eines Gebots an den Angeredeten, den ich von dem Willen eines anderen, sei es ein Dritter oder auch ich selbst, abhängig denke“. Sigwart fügt nun dieser Ausführung hinzu, daß immerhin in dem „Du sollst!“ eine Zweideutigkeit liege, die in dem einfachen Imperativ nicht zu finden sei. In jener Form könne allerdings nicht nur ein Befehl gegeben, sondern auch — je nach den Umständen, z. B. bei einer bloßen Mitteilung seitens eines Dritten — nur eine Behauptung aufgestellt werden. „Die bloße grammatische Form ist also kein untrügliches Zeichen, daß wir es mit einer Behauptung zu tun haben.“ Wesentlich ist: Wie die Umstände dahin führen können, in einer Befehlsform eine Aussage zu sehen, so können die Umstände auch bewirken, in einer Aussageform einen Befehl zu sehen. Es kann sich ein Befehl sogar in sehr energischer Weise durch den Gebrauch bloßer Hauptwörter bekunden[2] . . ., z. B. beim Kommando in militärischen Verhältnissen oder auf See; „Steuerbord“, „Backbord“ im Munde des Kapitäns sind strikte Befehle. So ergibt sich auch für das Wesen der Rechtsvorschriften, daß diese Befehle sind (wenn sie auch dem Wortlaut nach kein „sollen“ enthalten). Man prüfe genauer den Satz: Der Schuldner ist zu zahlen verpflichtet. Was ist unter dem Verpflichtetsein zu verstehen? Gewiß der Zustand eines Zahlensollens. Weshalb soll ich zahlen? Etwa weil ausgesagt wird, daß ich zahlen soll? Wenn bloß ausgesagt würde, daß ich etwas soll, ein Befehl zu diesem Sollen aber nicht vorhanden wäre, dann würde ein sollen für mich nicht vorhanden sein können (woran die Aus-

[1]) Sigwart, Logik Bd. 1, 2 S. 17/18.
[2]) vgl. Thon in JheringsJ. Bd. 50 S. 8ff.

sage nichts ändern würde); es muß also die Rechtsvorschrift der Ausdruck von Befehlen sein, wenn die Menschen in bestimmten Fällen zahlen sollen, Werke herstellen sollen, Störungen unterlassen sollen usw. Dasselbe gilt für die Befehle des Inhalts, daß man von gewissen Befehlen befreit sein soll: für die Erlaubniserteilung. Es handelt sich um die äußere Regelung des Verhaltens von Menschen gegeneinander, um eine Regelung, die von Menschen gesetzt ist, nicht im Sinne des Naturgesetzes als einer nur zu erkennenden Einheit natürlicher Erscheinungen, sondern als Satzung, die bestimmtes Zusammenleben herbeiführen will.[1])

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig", bedeutet demnach: das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts, das gegen die guten Sitten verstößt, vorausgesetzt, ergeht der Befehl an die Betroffenen, daß sie nicht verpflichtet sein sollen; es wird die Erlaubnis erteilt, daß die am Geschäft Beteiligten und auch Dritte ihr Handeln so einrichten können, als wäre das Geschäft nicht vorhanden.[2]) „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung . . . widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten" bedeutet: das Vorhandensein einer Willenserklärung vorausgesetzt, zu der der Erklärende widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, wird dem Erklärenden die Erlaubnis erteilt, eine Erklärung abzugeben, in der er sich auf die Drohung als einem Mangel beruft.[3]) Widerspricht diese Erlaubniserteilung der Erlaubniserteilung, daß der Erklärende (und auch die Dritten) ihr Handeln so einrichten können, als wäre das Geschäft nicht vorhanden? Ich kann zu letzterer Erlaubniserteilung sehr wohl noch die hinzufügen, daß der Erklärende sich positiv auf die Erklärung als einem Mangel berufen dürfe, ohne daß mir ein Verstoß gegen die Logik vorgeworfen werden könnte. Wenn jetzt eine weitere Vorschrift des Gesetzes lautet: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen", so bedeutet das: das Vorhandensein der Berufung auf einen Mangel eines Rechtsgeschäfts vorausgesetzt, auf Grund dessen die Erlaubnis, sich auf den Mangel zu berufen, erteilt ist, wird dem Erklärenden (und Dritten) die Erlaubnis erteilt, ihr Handeln so einzurichten, als wäre die Willenserklärung nicht vorhanden. Liegt in der Tatsache, daß diese Erlaubniserteilung einer Erlaubniserteilung nachfolgt, die ebenfalls sagte, es dürfe

[1]) vgl. hierüber Stammler, Wirtschaft u. Recht S. 107ff., 129.
[2]) Staudinger Bd. 1 S. 394 Abschn. 3 Einl. V E 2b.
[3]) a. a. O. V E 3a.

das Handeln so eingerichtet werden, als wäre die Willenserklärung nicht vorhanden, ein Widerspruch, ein Verstoß gegen die Logik? Dies muß entschieden verneint werden. In dem Hinzukommen der zweiten Erlaubniserteilung zur ersten liegt eine Verstärkung dieser. Man lasse sich nicht verführen, von einer scheinbar völligen Überflüssigkeit der nachfolgenden Erlaubniserteilung auf einen Verstoß gegen die Logik zu schließen!

Da aber kein Verstoß gegen die Logik vorliegt, so ist gegen das Nebeneinandergelten der ersten und der letzten Erlaubniserteilung nichts zu sagen. In der Verschiedenheit der Motivierung (die erste Erlaubniserteilung erging auf Grund des Verstoßes gegen die guten Sitten, die letzte auf Grund der Anfechtungshandlung) hat man die oben gezeigten Vorteile der Möglichkeit des Nebeneinandergeltens der Erlaubniserteilungen zu finden. Es ist jetzt möglich, ohne zwischen Privat- und Justiz eine Diskrepanz zu haben, daß im Prozeß schon beim Beweis, z. B. der Anfechtung, der Richter den Betroffenen die Erlaubnis erteilt, ihr Handeln so einzurichten, als wäre die Willenserklärung nicht vorhanden. Es braucht ein Erwerber, der zwar die Anfechtbarkeit, nicht aber die Nichtigkeit eines Geschäfts kannte, nicht als Gutgläubiger angesehen zu werden, da gegen das Bestehen der Anfechtbarkeit neben der Nichtigkeit (indem diese Begriffe in der oben dargelegten Weise aufgefaßt werden) nichts einzuwenden ist.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 9. September 1890 wurde ich als Sohn des Rentners Simon Drey und seiner Gemahlin Flora geb. Levis in Würzburg geboren. Nach dreijährigem Vorschulunterricht in Wiesbaden besuchte ich daselbst von Ostern 1900 bis Ostern 1909 das Kgl. Realgymnasium, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Alsdann bezog ich die Universitäten München, Berlin und Marburg, und am 3. Mai 1913 legte ich am Kgl. Oberlandesgericht in Cassel die erste juristische Prüfung ab. Es erfolgte darauf meine Ernennung zum Referendar; gleichzeitig wurde mir ein längerer Urlaub gewährt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich in Marburg am 22. Oktober 1913.

Arthur Drey.